فتاوى البرزلي

جامع مسائل الأحكام

لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام

للإمام الفقيه

أبي القاسم بن أحمد البلوي التونسي المعروف بالبرزلي

توفي 841هـ / 1438م

تقديم وتحقيق

الأستاذ الدكتور محمد الحبيب الهيلة

أستاذ الدراسات العليا بجامعة أم القرى

بمكة المكرمة





فتاوى البرزلي

جامع مسائل الأحكام

5

فتاوى البرزلي

جامع مسائل الأحكام

لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام

للإمام الفقيه

أبي القاسم بن أحمد البلوي التونسي المعروف بالبرزلي

توفي 841هـ / 1438م

تقديم وتحقيق

الأستاذ الدكتور محمد الحبيب الهيلة

أستاذ الدراسات العليا بجامعة أم القرى

بمكة المكرمة

الجزء الخامس



دار الغرب الإسلامي

الطبعة الأولى

دار الغرب الإسلامي

ص . ب . 5787-113 بيروت

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

مسائل من الرهون

عياض: معنى الرهن اللزوم، وكل شيء ملزوم فهو رهن. يقال: هذا رهن لك، أي: محبوس دائم لك، أو كل شيء ثبت ودام فقد رهن. يقال: رهنتك فأنا راهن وأنت مرتهن ـ بكسر الهاء ـ ولا يقال: أرهنت. والمرتهن ـ بفتح الهاء ـ المرهون. وسمي رهناً بالمصدر. وقد يطلق المرتهن ـ بفتح الهاء ـ على آخذ الرهن لأنه رهن عنده، وقد يطلق على الراهن.

ورسمه في الشرع هو إعطاء امرىء وثيقة بحق. وكان شيخنا يقول: الصواب إعطاء متموّل وثيقة بحق، ويدخل على الأول وثائق الديون والحمالة. وزاد ابن هارون: الحلف الذي حق على الوفاء به. وأجاب عن ذلك ابن عبد السلام فانظره.

ورسمه شيخنا في مخصتره: مال قبضه توثِقة في دين، فتخرج الوديعة والمصنوع بيد صانعه وقبض العبد الجاني، ولا يخرج ما اشترطت منفعته لأن شرطها لا ينافي قبضه للتوثُّق.

وحكمه الجواز في السفر بإجماع، وفي الحضر خلافاً لمجاهد. وحديث عائشة: (اشترى عليه الصلاة والسلام طعاماً بثمن إلى أجل ورهن فيه درعه وهو بالمدينة خرّجه الصحيحان. اللخمي: ولا حجة لأحد مع الحديث لنصه ولا ينظر إلى من خالف. وتقدم لنا أن مفهوم الآية يعارضه فهل يقدّم الحديث لنصه[1] أو المفهوم لتواتره؟.

(1) جملتان سقطتا من أ.

الغرناطي: يصح الرهن بأربعة شروط وهي: أن لا يكون مما لا يجوز بيعه على كل حال كالميتة، وأن تعاين البينة قبضه، وأن لا يرجع إلى الراهن، وأن يكون في كل شيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن لا ما شرطه التقايض كالصرف والتصيير والإقالة في رأس مال السلم وبيع الطعام بالطعام ولا في الكتابة ولا في الجعل قبل العمل ولا كل ما فيه حدٌّ أو قودٌ ولا في ما لا يُضمن كالعارية في ما لا يغاب عليه.

ابن الحاج: من له دين على رجل من غير كتاب فرهنه فالإشهاد فيه حوز. وعن ابن القاسم: إن أشهد وجمع بينهما فهو حوز، ومثله الصدقة. ابن عات عن الموثق: لا تتم الحيازة إلا بالمعاينة للحوز وخرج من إدارته إلى إدارة المرتهن وملكه. والعمل على أنه إن وجد بيده وقد حازه كان رهناً، وإن لم يحضروا الحيازة ولا عاينوها لأنه قد صار مقبوضاً، وكذلك الصدقة.

ابن يونس: وفي كتاب ابن المواز عن عبد الملك: إذا كتب في الرهن أن فلاناً المرتهن قد حازه أو حازه له فلان وأشهدا على أنفسهما بذلك فلا ينفع حتى تعاين البينة الحوز، ولو وجد الرهن بيد المرتهن أو الذي على يديه الرهن وقد فلس الراهن أو مات فلا ينفع حتى تُعلم البينة أنه قد حازه قبل الموت والفلس. قال صواب[1] لا ينفع إلا بمعاينة البينة الحوز عند المرتهن. وعند بعض أصحابنا: إنما لم يصح الإقرار بالحوز لتعلق حق الغرماء إن طرؤوا لأنه يتهم [219 ب] أن يواطئه على الانتفاع به ويشهد لك بقبضه فيكون أحق من غرماء. وعن بعض البغداديين: ولأن المقر إنما يقبل إقراره في ما لا يسقط حق غيره، وذهب الشافعي إلى قبول إقراره.

قلت: ظاهر هذا الكلام أنه إذا حصل بمعاينة بينة أنه حوز إذا كان في صحة الراهن وعدم فلسه. ويجيىء الخلاف إذا وجد في يده بعد الموت أو الفلس ففيه القولان بين ابن القاسم والغير فيها كالهبة.

---

(1) كذا بجميع الأصول.

وكان يجري لنا في المذاكرات وهو ظاهر قول بعض الموثقين بعد صحة الحوز والاختيار إن قصد الاختيار شرطاً بخلاف الهبة لأنه قال فيها: إذا قبض الموهوب الهبة بغير إذن الواهب جاز قبضه إذ يقضى على الواهب بذلك إذا منعه لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[1] أي: مشروطة القبض بالقصد. وأخذ شيخنا الإمام من قوله إذ يقضى على الواهب بذلك أن مطلق الحوز بالمعاينة يجزىء، كما تقدم لابن عات.

وفي النوادر عن مطرف وأصبغ: في الرهن يوجد بيد المرتهن بعد موت الراهن يقبل قوله: حُزته في صحته، وكذا الهبة، خلاف قول عبد الملك لا يقبل فيهما. وقال ابن الحاجب: قبضه كقبض المبيع ولا يخفى إجماله. ابن عات: لو أشهد أحدهما بالحيازة وشهدت بينة أخرى بعدمها فالقول قول بينة الحيازة لأنها زادت، حكاه ابن المواز.

وسئل ابن شعيب عمن ارتهن داراً بالمنفعة ثم أراد شراءها قبل المدة كيف تكون صورة الجواز؟.

فأجاب: لا يخلو المشتري المرتهن إما أن يريد أن يأخذها بما رهنها فيه أو شراء مُبْتَدَأ، فالأول لا يجوز على المشهور من المذهب لأنه فسخ دينه في دار لا تقبض إلا بعد ذهاب مدة المنفعة، وأما الثاني فإن كان على أن يبقي الدار إلى ذلك الوقت في ذلك الخوف إذا طلب الحق أدى منها أو من بعضها وإلا تم البيع فيها فهو غرر، وتارة بيع وتارة سلف وهو كله ممنوع بالشرع. وإن كان على إبطال حقه في الرهن دون المنفعة فهو جائز إن كان أمد الانتفاع قريباً لا يتغير البيان فيه وليس البيع فيها فسخاً للكراء لأن لكل منهما متعلق؛ البيع المعين والكراء للمنفعة فليست بِمَانِعَةِ جمع ولا ينتقل الملك في المعين إلا بعد تمام المدة إذ لا تُقْضى المنافع من العين إلا على ملك مالكها. وعن بعض الأشياخ: أن نفس عقد البيع فسخ للكراء ثم اختلفوا في بقية الكراء، هل هو جزء من الثمن أو لا؟ وهذه الأقوال تندفع بما أدرجناه من التعريف.

---

(1) سورة البقرة، الآية: 283.

نعم، إذا تعرضنا للفسخ قبل البيع فلا خلاف في جوازه ثم يقع النظر في باقي الكراء هل هو ثمن البقعة ثانياً أم لا؟ وهذا التفريع عام في الأكرية فإن وقعت المقاصّة بينهما بما ينوبه من الكراء بعد نقده فلا خلاف في جوازه وإن لم تقع مقاصّة ورد البائع بقية الكراء فلا يجوز لتقابل العين من الجانبين لاتهامهما على بقاء الكراء وأظهر الفسخ لإجازة الربا. وإن وقع البيع على إسقاط الكراء جملة فهو من جملة الثمن ويرجع به عند طريان العيب والاستحقاق وإن لم ينفذ سقط عن المشتري ما ينوب بقية المدة لانفساخ الكراء فيها [220 أ] ويتبعه ببقية ذلك. وإن كان على إسقاط ما يخصه من الكراء لم يجز لأنه حق وجب للمكري فكأنه باع داراً وما وجب له من العين في ذمته بعين، ويجوز أخذ الدار في دين كما تقدم في هذه الصورة أعني صورة فسخ الكراء بارتفاع عقد الكراء بالفسخ بخلاف صورة صدر السؤال.

قلت: هذه الصورة تنظر إلى مسألة من اكترى داراً أو حانوتاً أجلاً معروفاً ثم اشتراه هو أو اشتراه غيره وعلى أن يكون له بقية المدة وتأخير القبض إلى انقضائها. وتقدمت من أحكام ابن سهل وكلام ابن يونس في الجعل والإجارة ونقلها ابن عات انظرها فيها.

ومن كلام ابن أبي الدنيا في رهان الزمان من فسادها معاملاتهم فيه بالربا. قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[1] وقال: ﴿وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾[2] الآية، فتضمنت الآية وعيدين نفي الإيمان من مفهوم الشرط ومحاربة الله ورسوله.

وفي مسلم بإسناد هذا الشيخ يبلغ به إلى جابر بن عبد الله قال: «لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وكاتبه، وقال: هم سواء» وهو يعضد الوعيد السابق.

فالجاري من معاملات تونس على ما بلغني عام سبعة وسبعين وستمائة

---

(1) سورة البقرة، الآية: 275.

(2) سورة البقرة، الآية: 278.

(677 هـ/ 1278 م) حين قلدت الأحكام ثم عافى الله أن من يريد ارتهان دار أو حانوت أو كرم بكذا وكذا ديناراً لأجل كذا على استغلال الموضع أو أكرية ما يكرى منه فيتفقون على شيء ويذكرون أن الشهود لا يشهدون على هذا فيذكرون من العروض ما يسوغون به الإشهاد عليهم، وربما أحضروه ثم ردوه إلى ربه ويعطون الدنانير والدراهم، وهذا سلف جرّ نفعاً بلا خلاف وربا وهو ما كانت تفعله الجاهلية. ودفع الدنانير بغير سلعة أقل وقوعاً من الأول.

فلما كثر التداعي في ذلك بحثت عنه واستعملت الشهود وغيرهم فذكروا أنه الغالب من معاملات الناس وجماعة منهم تتوقى الشهادة في الرهون لذلك. فلما تحققت أن الغالب الفساد فرأيت أن القول قول مدعيه من الخصمين لشهادة العرف له ومن الدليل على العمل بالعرف. ومنه ما يضعف استغلال أخذ الحكم منه قوله تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ﴾[1] الآية، وهو ضعيف لأن الحاكم هو عزيز مصر وحكمه ليس بحجة وليس بمضمون بل التردد في إيمانه. ومنه قوله: ﴿وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾[2] وهذا يحتمل أن يريد بالمعروف وقاله بعض متأخري المذهب، وفيه نظر، لأن إطلاقه على العادة هو الأصل ومن ادعى غيره فقد أخرجه عن ظاهره وإن كانت المادة واحدة لكن إطلاق الشرع عليه هو ما قدمناه.

الثالث حديث اللقطة، واعترض الآخذ منه بوجوه منها:

أمر الملتقط بمعرفة العفاص والوكاء لئلا ينساه ولم يؤمر بالدفع به وهو غير مسلم لأنه يلزم عليه أن يأخذها مدعيها ولو لم يعرف شيئاً ويتساوى هو ومن يدعي ذلك بمعرفة العفاص والوكاء دون ترجيحه ولو أقام كل منهما بينة لم يأخذها إلا ببينة إنما ذلك لأجل [220 ب] دعوى الملتقط إياها لنفسه ولو لم يدّعها لوجب ترجيح جانب مدّعي العفاص والوكاء.

الملتقط لو نسي العلامتين فلا يفيد نسيانه شيئاً[3].

---

(1) سورة يوسف، الآية: 26.

(2) سورة الأعراف، الآية: 199.

(3) جملتان سقطتا من أ.

الثالث قوله: فإن جاء صاحبنا فجعل الأمر له وما ذلك إلا بمعرفة صاحبها والملتقط غير عارف ولا ممن ترفع إليه البينة. وقد جعل له عليه الصلاة والسلام فيها دفعها وما ذلك إلا بالعلامتين. فإن قيل: أخذها لعدم المنازع فجوابه: إنما أخذها بمعرفة العفاص والوكاء. ووجه الأخذ من الحديث أن يجوز أن يعرف العلامتين من الملتقط لكن الأعم الأغلب أنه صادق في دعواه العرف الجاري في ذلك فحكم به. فإن قيل: لو كان العرف لما حلف وقالوا: إنه مع ذلك يحلف، فجوابه: إنما اليمين لأجل أنه قد ينازعه غيره فيها. وعندنا قول آخر إنه لا يحلف مع العرف لإقامته مقام الشاهدين.

ومما يستدل به على العمل بالعرف ما نقل عن الشافعي: إذا وقع البيع مع اختلاف النقود ولم يبين فالبيع فاسد ولو كان النقد واحداً لجاز بالإجماع. ومثله لو كان الغالب أخذ النقود، وقاله اللخمي. ومثله ما نقل عن مالك من مسائل أهل العينة وهي كمسألة الرهان في زماننا وقد استوعبها ابن رشد في مقدماته.

ومنها ما روي عن ابن القاسم في المغارسة إذا ادعى أحد المتغارسين الفساد والآخر الصحة فينظر لعرف البلد.

ومن هذا المعنى: من ادّعى تزويج أمة وربُّها يقول ابتاعها مني، قال: ينظر لحال الزوج فإن كان مثله لا يتزوج مثل هذه فالقول قول رب الجارية.

ومنها: من يدعي أن هذا الرهن الذي بيده ملك لفلان الغائب ومثله يملكه لا يكلف المرتهن إثبات ذلك.

ومثله اختلاف الزوجين في متاع البيت واختلاف الزوجين في دفع النفقة، ومسائل هذا الباب كثيرة، ومسائل العينة، وحكم مالك بفسخها يدل على ما قلناه من فسخ عقد المتراهنين فإن أشهدا أنهما عقدا على الصحة ثم ادعى أحدهما الفساد فالقول قوله لشهادة العرف وهو يقوم مقام الشاهد أو الاثنين وذكر الصحة منهما بأنه هو الذي أظهر للشاهدين والعرف يشهد بخلاف باطنه.

قلت: وكذا العادة عندنا في الأغلب، والعينة في آخر القرن الثامن وأول التاسع.

والصواب أنه ينظر إلى الآخذ والمعطي فإن كان مثلهما ممن يعمل بذلك أو أحدهما فالقول قول مدعي الصحة وإلا فحكم العرف بالفاسد، لا سيما إن كانت المعاملة مع اليهود فإنهم لا يقصدهم إلا الفسقة وذو الحاجة الشديدة أو من ييئس من معاملة المسلمين. فالصواب أن المعاملة معهم تحمل كلها على الفساد وقد أشبههم عامة النساء في معاملاتهم في هذا الزمان إلا القليل وكثير من العامة، وبالله التوفيق.

وسئل المازري عمن أخذ ثوبين مختلفين رهناً في سلف ثلاثة دنانير فاختلفا، فقال دافع الثياب: أخذتهما على أن تأتيني بالدنانير ولم تأت بها، وقال قابضها: إنما أخذتها لأريها أهل المعرفة بالقيمة لأختبر قيمتها فسقط مني أحد الثوبين.

فأجاب: يسأل أحدهما هل قصد باختباره من كانا يساويان قدر ما تسلف فأكثر أخذهما رهناً وإلا ردهما فهذان لا يكونان رهناً إلا بعد الرضى والمعرفة بقيمتهما. وإن قصد أنهما لم يساويا قدر السلف أعطاه قدر ذلك أو أقل [221 أ] منهما فهذان رهناً من وقت أخذهما ويضمن ما ضاع.

وسئل ابن أبي زيد عمن ارتهن زرعاً وثمرة لم يَبْدُ صلاحها فحاز الأصل مع الثمرة والزرع كيف يكون صفة بيع الأصل فيها قبل بدو صلاحها؟.

فأجاب: تباع الأرض ويبقى الزرع للمرتهن لأن ظهوره إبار، ومثله إذا أبرت الثمرة ولا يضر البيع حوز المرتهن لأن الأصل صار لغير الراهن، وقيل غير هذا، انظر في غير هذا الأصل.

قلت: أصلها في المدونة لكنه إنما تكلم في أن المرتهن للزرع يضرب بدينه مع الغرماء.

وذكر صفة التحاصص والاختلاف في طريقه وهما يرجعان إلى معنى واحد، وزاد فيها أبو حفص: إذا قالت الغرماء لصاحب الرهن تبيع الزرع مع الأرض وتأخذ أنت ما ينوب الزرع من الثمن في دينك وتحاصص بما بقي،

وقال المرتهن: بل نحاصص بجميع الدين إلا في مال المفلس ويبقى الزرع حتى يكمل، فالقول قول الغرماء وتباع الأرض بزرعها ويجبر على ذلك المرتهن كما يباع الدين. وظاهر المدونة خلاف هذا لأن له في تكميل الزرع حقاً إلا أن يضرّ بالغرماء بيع الأرض واستثنى زرعها فيكون كما قال أبو حفص: إذا أعتق الجنين في بطن أمه ثم قامت الغرماء على المالك أنها تباع على المشهور ويبطل العتق فيها.

وسئل ابن رشد عمن اشترى سلعة بنقد ثم دفع في ثمنها سلعة أخرى رهناً ثم اختلفا في قلة الثمن وكثرته، هل يكون الرهن شاهداً للبائع أو لا؟ وكيف لو قامت المبيعة هل يقبل قول المشتري في ما يشبه أم لا؟.

فأجاب: إذا فاتت السلعة فالرهن شاهد للبائع إلى مبلغ قيمته وإن لم تفت يكون شاهداً إلا على مذهب من يراعي الشبهة مع القيام.

قلت: قاله في المدونة.

وإذا اختلف الراهن والمرتهن في مبلغ الدين فالرهن كشاهد للمرتهن إذ حيازته وثيقة له، فإذا كانت قيمته يوم الحكم والتداعي لا يوم الرهن مثل دعوى المرتهن فأكثر صدق المرتهن مع يمينه. واختلف هل هو شاهد على نفسه أو على ذمة الغريم وثمرته؟ إذا أراد حبس الرهن هل له ذلك أو يأخذ من الغريم فيحبسه على الأول ويرجع على المطلوب على الثاني؟ وظاهره كان الرهن قائماً أو فائتاً بيده أو بيد أمين ويظهر من قوله إذا حازه المرتهن أنه قائم بيده.

ومن **قوله**: إذا كانت قيمته يوم الحكم والتداعي إلى آخره أنه فائت وقوله مع يمينه يقوم منه أنه يحلف على قدر قيمته ولو كانت أقل مما ادعاه، وقيل: يحلف على ما ادعاه ويأخذ قدر قيمة الرهن. والقولان في النكت، انظر في التنبهات في تحقيق المسألة.

ابن سهل عن ابن عات: إذا ذكر في العقد أن الرهن وضعاه على يد أمين لم يسمياه فهو ناقص حتى يسمى لأنه قد يمكن أن ينكر الأمين ما ذكر عنه من قبض الرهن ويدعى عند الإعذار إليه أنه عنده وديعة أو عارية فيكون خصماً لا شاهداً.

وفي شهادات العتبية من نوازل سحنون خلاف ما ذكر، قال: شهادة العدل الموضوع على يده الرهن جائزة في الدين والرهن.

ابن عتاب: وأفتيت في الثياب الراهن يسأل المرتهن بيعها أنه يأمر ببيعها ولا يحتاج في ذلك إلى إثبات ملك الراهن [221 ب] لها. وذكر أن بعض أصحابه خالفه وأنه لا يأمر ببيعه إلا بعد إثبات الراهن ملكها ورد عليه ذلك وشنعه، فقلت له: إن كان الرهن داراً؟ فقال: الأصول مخالفة لغيرها من المتاع ولا بد من ثبوت ملك الراهن لها قبل أمره ببيعها.

ابن عات عن ابن فتوح: إذا كتب في الوثيقة البيع بلا مشورة سلطان فما يعنيه إنما يريد بهذا إذا كان الرهن في أصل البيع أو كان بعد عقد البيع أو عند حلول أجل الدين لأنها وكالة اضطرار على هذا القول. وفيه قول آخر إنه جائز، قاله إسماعيل القاضي وغيره. ولو كان الرهن بعد عقد البيع وقبل حلول أجل الدين لجاز الشرط وعملت الوكالة باتفاق لأنها وكالة عن طواعية من الراهن إذ ليس الآن مطلوباً بالغرم. كذا قال ابن رشد، وانظر في الأول من الفتوحية.

قلت: قال فيها إذا كتب عليه بيعه عند الأجل إن لم يوفه فهل يجوز دون مؤامرة سلطان؟ فروى ابن القاسم عن مالك لا يجوز ذلك واختلف فيه قول ابن القاسم فعنه مثل الأول وعنه كراهية البيع وإن وقع مضى وبه القضاء.

قلت: وهو ظاهر المدونة، قال فيها: ومن ارتهن رهناً وجعلاه على يدي عدل أو على يد المرتهن إلى أجل وشرط إن جاء الراهن بحقه إلى ذلك الأجل وإلا فلمن على يديه الرهن بيعه فلا يباع إلا بإذن السلطان وإن اشترط ذلك فإن بيع بعد بيعه لم يرد وإن لم يأذن له في بيعه رفعه المرتهن إذا حل الأجل إلى السلطان، فإن أوفاه حقه وإلا باع له الرهن فأوفاه حقه.

قال شيخنا الإمام: وكذا لو كان الوكيل ثالثاً فهو كالعدل الذي يوضع الرهن على يديه. ولو طاع بالوكالة جاز إذا بعد عن زمن العقد ولم ينكر عرف بالشرط في ذلك. وزاد اللخمي: وكذا لو طاع بالرهن والوكالة عليه وهو نحو مما ذكر ابن عات وابن فتحون عن ابن العطار إنما يجوز للمرتهن البيع إن كان

في وثيقة الدين تصديق صاحبه في الاقتضاء دون يمين وكان مع ذلك مأموناً، فإن لم يكن شرط التصديق أو كان لكنه غير مأمون فلا يجوز بيعه إذ لا يصل إلى ذلك إلا بعد يمين. وعن الشيخ أبي الوليد: يجوز بيعه دون الحكم إذا أصاب وجه البيع سواء شرط التصديق أو لم يشترط.

قلت: هو ظاهر المدونة.

فإذا ادعى بعد ذلك أنه دفع إليه الرهن وأنكره المرتهن فإن لم يشترط التصديق وأقام بينة بالدفع بعض البيع[1]. وإن لم يكن حلف المرتهن وبعد البيع وإن نكل حلف الراهن وسقط الدين وينفذ البيع ويدفع له المرتهن ثمن المبيع. وكذلك لو ادعى أنه وهبه الدين فالحكم ما مر. ولو صدق المرتهن في الاقتضاء فباع نفذ البيع وثبت للراهن عليه اليمين في دعوى الهبة خاصة ويكون الحكم في اليمين والنكول على نحو ما تقدم.

ابن عات: إن كتب له في الكرم والجنان مساقاة في الأرض والدار كراء كان ذلك أتم لأن الراهن لو رجع إلى رهنه بسكنى إن كانت داراً أو باعتمار إن كانت أرضاً لفسخ الرهن وإن كان اكتراها سنة ثم رجع إليها ربها لم يضرّ الرهن ذلك لأن من أكرى شيئاً جاز له أن يكريه من غيره فرب الرهن وغيره في ذلك سواء. وأما إذا لم يكن كراء ولا مساقاة وكان رهناً لم يجز للمرتهن أن يكري الرهن [222 أ] من رب الدار ولا من أحد يكون منه بسبب صداقة لطيفة يتهم أن يكون اكتراه لربه، فإذا اكتراه من أحد هؤلاء ثم أكروه من صاحبه خرج الرهن من أن يكون رهناً للتهمة الداخلة فيهم ممن يتهم عليه. ونحوه في كتاب الرهن من المختلطة.

قلت: وحكاه ابن يونس من رواية أبي زيد.

وحكي عن الموازية من رواية ابن القاسم في من أكرى داراً وأخذ مساقاة ثم ارتهن شيئاً من ذلك قبل تمام المدة لا يكون حوزاً للرهن حتى تتم المدة لأنه

---

(1) أربع جمل سقطت من ب.

يحاز عنه بوجه آخر والفرق بينه وبين حوز فضلة الرهن أن هذا محاز له والرهن محاز عنه فهما وجهان والقياس بهما سواء. وحكي من رواية سحنون عن ابن القاسم أن حوزه حوز للرهن كالذي يخدم العبد ثم يتصدق به على آخر، وفي ما ذكرناه كفاية.

وعن الأبهري: أجاز مالك ارتهان الحق إذا قبضه لأن رهن كل شيء يمكن قبضه جائز عند مالك لأنه وثيقة وليس كالمعاوضة وهو أحق به في الموت والفلس، فإن لم يقبض ذكر الحق أو يشهد بالدين إن لم يكن ذكر حق لم يجز. وقيل: لا يكون رهناً حتى يجمع بينهما وقيل الذي عليه الدين ذلك ويتفقان، ومتى لم يتفقا لم يكن رهناً، والأول أحسن، كما له بيعه وهبته وكذا رهنه، وقد يحال به عليه من غير رضاه بذلك ما لم يكن على وجه الإضرار به فكذا رهنه جائز من غير علمه ولا رضاه.

قلت: الصواب إذا كان مثل بيع الدين فإنه يفتقر إلى حضوره بإقراره فقط وإن لم يجمع بينهما ولا رضي الغريم.

وعلى أصل ابن المواز: يجوز الرهن إن كان بوثيقة ولو غاب الغريم غيبة قريبة.

وأجاز اللخمي شراء ما على الميت إذا كان عيناً والدين بشهادة فعلى هاتين يجوز رهنه على هذا الأصل.

واشترط في المدونة في مسألة الكراء بدين حضور الغريم وإقراره في كتاب الحوالة، ورواه أبو زيد أنه لا تجوز الحوالة إذا كان المحال عليه غائباً ولو كان الدين بوثيقة لاحتمال أن يكون عنده براءة منه.

وفي نوازل أصبغ: إن أتى برهن قيمته دينار والحق ألف دينار فقال: ليس هذا رهني، فالقول قول الراهن لأن المرتهن أتى بما لا يشبه والأغلب في عرف الناس أنهم لا يرهنون إلا بما يسوى الحق أو أكثر. وعن أشهب: القول قول المرتهن مع يمينه إذا أتى بما لا يُشبه.

وفيه: إذا أذن المرتهن للراهن أن يكري له الدار والأرض والحانوت أو **يسكنها فلم** يفعل الراهن ذلك فقد خرج من الرهن، هذا مذهب المدونة وبه **الحكم**. وقال أشهب: لا يجزي بالإذن حتى يعمر أو يسكن. ابن حارث: يريد ابن القاسم أن الرهن على يدي يمين ويريد أشهب أن الرهن عند المرتهن.

وإذا ترك المرتهن كراء الدار حتى حل الدين ولكرائها خطب وقدر، فذهب أشهب أن لا شيء على المرتهن ولا ضمان للكراء. وعن ابن الماجشون: عليه الضمان لكراء مثلها من يوم ارتهنها لأنه تعمد إبطالها ما لم يكن الراهن عالماً بذلك فحينئذ لا يكون على المرتهن ضمان لأن [222 ب] علمه بذلك وسكوته رضى به.

فاعلم إن المرتهن لا يكري الدار التي ترهن عنده أو الأرض إلا بإذن ربها عند ابن القاسم إلا أن يشترط المرتهن أن تكون غلة الدار رهناً معها، وبه الحكم.

وعن ابن الماجشون: يُستحب لمرتهن الدار عند الكراء أن يكون ذلك بمؤامرة ربها إن كان حاضراً وإن ترك ذلك جاز ومضى إذا اجتهد. وقوله: إذا تولى قبض كرائها خرجت من الرهن يريد أن الرهن يبطل إذا رجع ليد صاحبه بعد حوز المرتهن وإن بعد سنين كثيرة وليس كالهبة والصدقة بعد العام ليسكن أنها جائزة.

وكذا إن سقي بالبئر أو بالعين وإنما يخرج الرهن بإذنه له في الانتفاع لا بأخذه له، حكاه سحنون في حريم البئر من المختلطة. وفي كتاب الرهون: لا يخرج إلا بإسلامه وإيصاله إلى الراهن لا بإذنه وهو أحسن، إن شاء الله[1].

---

(1) إلى هنا تنتهي نسخة ج، وهي مخطوطة المكتبة الوطنية بتونس رقم 4851.

مسائل من القسمة

أما القسمة فأصلها لغة: التمييز والفصل عند الإشاعة.

وفي اصطلاح العَدَدِيِّينَ: حل المقسوم إلى أجزاء متساوية يكون عددها مثل ما في المقسوم عليه من الآحاد. ويُراد من القسمة نسبة أحد العددين من الآخر، قاله الجمهور. ويريدون بالقسمة على الإطلاق معرفة ما يجب للواحد الصحيح من أجزاء المقسوم عليه من جملة المقسوم، وقسمة الزكاة والمحاصّة من الأرباح والخسارات وقسمة الديون تقرب من هذا.

وأما في اصطلاح الفقهاء وهو المقصود هنا فلم يعرّفها ابن الحاجب وذكر أقسامها. وعرّفها شيخنا الإمام بأنها تصيير حظ شائع معيناً بقرعة أو بتراض منهما فقط. قال: فيخرج بالأخيرين بيع الاختيار في الجنس الواحد وعتق أحد العبدين غير معين. وإذا أوصى بعتق عشرة من عدد فهلكوا إلا العشرة.

وفي مختصره: تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو بتراض.

قال: وعرفها أبو العباس الغبريني بأنها اختصاص الشريك بما كان له مشاعاً. واعترضه ولا حاجة إليه.

عياض: هي تمييز حق على الصحيح من أقوال أيمتنا، وإن أطلق عليها مالك البيع. واضطرب فيها رأي ابن القاسم وسحنون.

ولا خلاف في لزومها إذا وقعت على الوجه الصحيح.

وهي على أربعة أضرب؛ قسمة حكم وإجبار وقسمة سهم فلا تجوز إلا بالتعديل والتسوية وهي في الجنس الواحد غير المكيل والموزون ولا يجوز تعديل السهام بزيادة دراهم أو دنانير وغير ذلك من غير جنس المقسوم من أحد الجهتين والمتقاسمين.

قلت: خلافاً لما يأتي.

اللخمي: إذا وقع التعديل بخمسة في مائة. ومنهم من قال: إنه وفاق وهو خلاف ظاهرها عند بعضهم.

قال: وقسمة مراضاة في ما اختلفت أجناسه أو اتفقت، وهي جائزة بغير قرعة ولم يجزها ابن القاسم وغيره لقرعة مع اختلاف أجناسها وأجازها أشهب بالقرعة أيضاً وتأول ذلك على ابن القاسم في مسألة النخلة والزيتونة على ما في موضعها من الكلام.

وقسمة مراضاة على غير تعديل، وحكم هذه حكم [223 أ] البيوع في كل وجه ولا يرجع فيها بغبن على القول بأنه لا يرجع فيه في البيوع ويرجع بالغبن في الوجهين الأولين، ويُعْفَى عن اليسير فيها في قسمة التراضي. واختلف في اليسير في قسمة القرعة كالدينار والدينارين في العدد الكثير، فعن ابن أبي زيد أنه معفو عنه وأباه آخرون وقالوا بنقض القسمة لأنه خطأ في الحكم ولا فرق بين الكثير والقليل، وهو ظاهر المدونة وهو قول أشهب وغيره. وقيل: القسم لحكم الحاكم ولا يرده إلا الخطأ البين.

وقسمة مهاياة وهي قسمة منافع بالمراضاة أيضاً لا بالإجبار والقرعة ـ ويقال بالنون والياء ـ مقاسمة بالزمان ومقاسمة بالأعيان وهي جائزة على الجملة وفروعها مختلفة في مهاياة الغلة والخدمة والسكنى في العبد الواحد أو أكثر والدار الواحدة أو أكثر وغير ذلك مما هو مشروح في كتب أيمتنا.

وأما الشفعة فقال عياض: أصلها بالسكون في الفاء ولم يزد عليه. وكان يتقدم لنا أنها تجري على باب فعلات في باب الصفات ـ بضم الفاء ـ كجُمُعات وظُلُمات، وفيه ثلاث لغات بالسكون كما مر وبالضم للإتباع والفتح للتخفيف. وهي مأخوذة من الشفع ضد الوتر لأنه يضم هذا المشفوع فيه إلى ماله فتصير

الحصة حصتين والمال مالين. وقيل: هو من الزيادة لأنه يجمع مال هذا إلى ماله ويضيفه إليه ويزيده، قال الله تعالى: ﴿مَّن يَشْفَعْ شَفَٰعَةً حَسَنَةً﴾[1] الآية، قيل: يزيد عملاً صالحاً إلى عمله، وقيل: من الشفاعة لأنه شفيع بنصيبه إلى نصيب صاحبه، وقيل: أصله في الجاهلية إذا باع شريك الرجل نصيبه أو أصله أتى المجاور شافعاً إلى المشتري ليوليه إياه فيصله بملكه ويخلص له.

وحقيقتها في عرف الفقهاء، فعن ابن القاسم: أخذ الشريك حصة جبراً شراء. ونقضه شيخنا بأخذ الشريك الثوب إذا وقف على ثمن وإذا وقع ثوب مسلم في الغنائم فأخذه رجلان وأخذ من أحدهما ثم أراد الأخذ من الآخر. وتعقبه في مختصره بأنه إنما رسم الأخذ لا ماهيتها، واختار: هو استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه.

والأصل فيها عموم قوله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ﴾[2] وقوله: ﴿وَإِن تُطِيعُوهُ تَهْتَدُوا۟﴾[3]. وثبت عنه عليه الصلاة والسلام إيجاب الشفعة وهي للشريك أثبت، وفي ثبوتها بالجوار خلاف. واحتج ابن شعبان على أن لا شفعة له إذ لو وجبت له الشفعة لوجبت لجميع من بالمدينة لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَا يُجَاوِرُونَكَ فِيهَآ إِلَّا قَلِيلًا * مَّلْعُونِينَ﴾[4] فسماهم جيراناً لكونهم معه بالمدينة. ولا يقول المخالف بهذا ذكره أبو عمران.

واختلف هل هي استحقاق أو بيع؟ وتجري عليه مسائل قال: ودليل القسمة قوله تعالى: ﴿أَهُمْ يَقْسِمُونَ رَحْمَتَ رَبِّكَ﴾[5] الآية، وقوله: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ﴾[6] الآية، وقوله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ﴾[7].

---

(1) سورة النساء، الآية: 85.

(2) سورة الحشر، الآية: 7.

(3) سورة النور، الآية: 54.

(4) سورة الأحزاب، الآيات: 60 ـ 61.

(5) سورة الزخرف، الآية: 32.

(6) سورة النساء، الآية: 8.

(7) سورة القمر، الآية: 28.

الغرناطي: تُسمَّى والمتقاسمان فيه وموضعه وتحديده واشتراكهما وتسمية كل واحد منهما وهيئة القسمة هل هي بمراضاة أو قرعة؟ وتسمية ما صار لكل واحد منهما في ما صار له، وعقد الإشهاد عليهما. وفي ما ذكرناه كفاية.

وسئل ابن رشد عن شَعْراء لأهل قرية يريدون قسمتها ولا يعلمون ما بيد كل واحد [223 ب] منها إلا ما بيد كل واحد من عمارة القرية كيف تقسم؟ وفي الواضحة تقسم على عدد رؤوسهم ولا يلتفت لمن كثر بياضه أو قل.

فأجاب: إذا اتفق أهل القرية على قسمتها فإنها تقسم على أصل سهام القرية في القديم قبل أن تقسم لا على ما بيد كل واحد اليوم إذا اتفقوا على السهام فإذا اختلفوا فيها وهم ثمانية مثلاً فيقول الواحد لي ثلاثة أرباعها، والثاني لي ثلثاها، والثالث لي نصفها، والرابع لي ثلاثة أثمانها، والخامس لي ثلثها، والسادس لي ربعها، والسابع لي سدسها، والثامن لي ثمنها، فعلى جميع الدعاوى ينظر إلى عدد فيه جميع هذه الأجزاء ويأخذها منه ويجمعها وتقسم عليها فتكون محاصة فتوجد أربعة وعشرون فتؤخذ منها الأجزاء المذكورة بعد أيمان الجميع على دعوى كل واحد منهم.

وكذا الحكم إذا نكلوا جميعاً. وإن نكل بعضهم قسمت على دعوى الحالفين ولا شيء لمن نكل إلا أن يفضل شيء عن دعواهم فيكون للناكلين على حسب دعاواهم ويجمع فتكون محاصة كالحالفين منهم أيضاً، مثل أن يكون حلف مدعي النصف والربع والثلث فتكون محاصتهم ثلاثة عشر وأجزاؤها مأخوذة من اثني عشر فلم يبق للناكلين شيء. ولو خلف مدعي النصف والربع خاصة لبقي للناكلين الربع فيقسم على محاصتهم وهي ثمانية وخمسون سهماً مأخوذة من الأربعة والعشرين هكذا. ولا يؤخذ من العشر إلا من يدعي أن له فيها في الأصل سهماً.

وأما من يدعي شراء أحمال معينة أو وهبت له فلا شيء له في الشعراء وتقسم الشَّعْرَاء على عدد رؤسهم في وجهين الأول أن يدعي كل واحد منهم جميعاً كالثوب يكون بأيدي جماعة كل منهم يدّعيه والثاني أن يقول كل واحد منهم لا أدري كم نصيبي منها.

قلت: هذا على مذهب ابن القاسم ومالك وجماعة من أصحابه، وعلى مذهب أشهب وابن وهب وغيرهما فإنها لا تقسم بينهم حتى يثبتوا أصل ملكها فتقسم بينهم على الوجه الذي أثبتوه. وأخذ من مسألة عفو الأرض من المدونة وهي منصوصة في كتب السداد.

وسئل أبو محمد: عن قسمة لوز الحرير هل يقسم بالوزن أو بالعدد أو حتى يفصل؟.

فأجاب: بأنه لا يقسم إلا بالوزن.

وسئل عمن هلك وترك ورثة أحدهم غائب وترك حائطاً اقتسموه بمحضر جمع لأمر السلطان وعزلوا للغائب حظه ووقع البيع في بعض تلك الحظوظ والاستغلال في بعضها والعمارة، ثم قدم الغائب هل يمضي القسم عليه أو لا يمضي وتكون الغلة لمن اغتل أو لا؟ وهل يمضي البيع والتفويت فيها أم لا؟.

فأجاب: بأن القسم فاسد وترد البياعات وما اغتله المتقاسمون فعليهم رده أو مثله إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل ويكون بينهم وما غتله المشترون، فإن كانوا عالمين بالغائب فعليهم رد حظه إليه من الغلة ولو كانوا غير عالمين فلا شيء عليهم من الغلة ويكون لهم أجر قيامهم وعلاجهم.

قلت: هذا نحو قوله في المدونة إذا كان في الورثة كبير غائب لم يجز قسم الوصي عليه.

ولا [224 أ] يقسم لغائب إلا الإمام ويوكل بذلك ويجعل ما صار له بيد أمين. ومن إحدى المسائل التي لا يحكم فيها إلا السلطان هذه والنظر في أموال الأيتام والتقديم عليهم والتسفيه والترشيد والنظر في الوصايا والأحباس المعقبة والنظر في الأنساب، حكاه ابن سهل. وإثبات الولاء من معنى النسب. وزاد بعضهم النظر في الحدود والقصاص، وهو في المدونة في كتاب الحدود وغيرها، والقاضي كالسلطان.

وسئل اللخمي عمن توفي وترك رباعاً استغلت ثم أخرجت وصيته وقد

قسمت وبيع بعضها وذهب بعض وبقي بعض وفي الوصية أشياء لمعينين ومجهولين وحُجج ورقاب وكفارات. فرغب من أراد القسمة في دفع نصيبه وامتنع من رغب في نقضها. فأفتى بعض من يُرْجَع إليه في نقض القسمة وحكم القاضي بذلك، وكذلك البيع والهبة وجميع ما جرى فيها وعرضها كلها للبيع وأخذ الوصية وترك البقية. فلما رأى الورثة التزموا الوصية وتبايعوا الرباع واعتقدوا أن حكم القاضي جرى على العدل بعد أن أعذر إلى من يجب الإعذار له. ثم طولع الشيخ على جميع ما وقع فأفتى بفساد هذا الواقع وأنه غير الواجب. فكيف يرى الشيخ في ما تقاررروا به أنه حق جرى على ما يجب، هل يلزمهم ذلك فيبنون عليه أو ينتقض لإنقاض الحكم من أصله؟.

فأجاب: بأن تقاررهم غير صحيح لأنه ليس بأمر يخفى على القاضي وعما وقعت به الفتوى وإنما هو استسلام ليتمّ أمر أرادوه وإنما ينفع التقارر إذا كان الأمر لم يكونوا ذكروه.

وسئل السيوري عمن توفي وعليه دين لا يبلغ ثلث ما بيده فاقتسم الورثة التركة على المواريث وبقي الدين وباع بعض الورثة بعض ما صار إليه وأقامت سنين وحالت أسواقها ثم قام أحد الورثة بنقض القسمة لأجل الدين، فهل له ذلك أم لا؟ وإذا كان النقض فما يجب على البائع هل ثمن المبيع أو قيمته يوم القسمة أو ينقض البيع ويُردُّ بعينه؟.

فأجاب: القسمة وعليه دين لا تصح ويرد ما كان قائماً وثمن ما باع.

قلت: تقدمت هذه المسألة، وهي إذا طرأ دين أو موصى له على الورثة وقد اقتسموا التركة هل نقض القسمة لحق الله أو للطارئين، وعليه إذا أراد بعضهم التماسك وامتنع الآخرون وهي في المدونة وكتب المالكيين مبسوطة مطوّلة.

وسئل التونسي عمن توفي وترك ولدين فغاب أحدهما وقد ترك الأب ضياعاً ودوراً فقام الحاضر وأثبت التركة وغيبة أخيه فوكل القاضي من يقسم عنه الضياع وترك ما في الحاضرة، ثم توفي الغائب عن زوجة وأخيه وثبت ذلك

فقامت الزوجة بصداقها وبنفقة فأخرج الأخ وثيقة بشهادة الميت أن له خمسة وعشرين ديناراً قِبَل أمه وثبت الخط بذلك فقيل له لم يقم بها حين القسمة فاعتل بأنها غابت عنه وأنّ ربع الحاضرة لم يزل مشاعاً وهو أكثر من الدين.

فأجاب: له القيام في ما أثبت من الدين وله الحجة في ما ذكر من أن الربع الحاضر لم يزل مشاعاً مع اعتذاره بغيبة الوثيقة وخط الميت بشهادته بما أقرت به لأخيه حجة لصاحب [224 ب] الدين فيحلف أن الدين ما سقط بوجه من الوجوه.

قلت: وتقدمت هذه المسألة.

وسئل أبو موسى عمن بيده ضيعة لها سنون متطاولة يعترف أن بعضها لفلان وأنها لفلان الميت وله ورثة غياب، فقام هذا المعترف له يطلب نصيبه من هذه الضيعة باعتراف من هي في يده ودعا إلى المقاسمة والضيعة مشهورة عند الناس بالميت المعترف له، فهل يمكن هذا القائم من القسمة ويوقف لكل ذي حق حقه أم لا؟ وكيف لو كان لبعض المقر لهم ورثة آخرون، هل تقسم هذه الضيعة على فريضة الأول خاصة ثم على من بعده أو تقسم على آخر سهم من الآخرين؟.

فأجاب: إذا لم تكن بينة تشهد بأصل الملك لمن أقرّ له وشهدت بينة بأن المقر يحوز هذا الربع حوزاً يوجب الملك فعلى القاضي الحكم بإقرار المقر لمن أقر له بعد ثبوت البينة بحوز هذا المقر ويقسمها على الفريضة الأولى، فما صار لكل وارث من الأولى نظر هل ينقسم على ورثته أم لا؟ فإن انقسم فعلى ذلك وإلا نظر في بيعه أو إيقافه حسبما هو نظر للغائب. وكذا لو لم ينقسم على ورثة الأول وطلب الحاضر بيعه وإيقاف حق الغائب فمن حقه ذلك.

وسئل المازري عمن مات وترك ورثة غيباً وحضوراً ذكوراً وإناثاً وجائزي الأمر وصغيراً متغيباً وفقيراً وله تركة واسعة فشكا الصغار الضيعة وتحقق منهم ذلك وفي انتظارهم إلى الانفصال والإعذار للغائب وبيع الربع مضرّة شديدة فأدى الاجتهاد إلى تقديم شيء من التركة ينفق منه ويحاسبون به ومالهم مأمون.

فأجاب: إن كان الحاضر مما تصح قسمته دون إعذار لأن الغيّب لا ديون عليهم كان الأولى البداية بقسمة الموجود ويوقف نصيب الغيّب، وإن لم يمكن هذا وأمكن تطوع أهليهم بالسلف بأمر القاضي على التركة فعل ذلك، وإن لم يكن واجتهد بأن يقدم شيئاً من التركة سلفاً ليحاسبوه به وهو لا مضرة فيه على الغُيَّب والمال المرجوع فيه مأمون وتلحقهم بالتأخير المضرة الشديدة شاع هذا الاجتهاد ونفذ الحكم به.

قلت: مرت هذه المسألة أيضاً.

وسئل بعض فقهاء الإسكندرية عن فرن خرب وصار أرضاً بَرَاحاً بين رجلين أحدهما غائب فأراد الحاضر بناءه ورده كما كان ورفع قضيته إلى القاضي وطلب بيع نصيب الغائب أو قسم أرضه يصير لكل واحد ما ينتفع به، فباع الحاكم حصة هذا الغائب، فهل يصح هذا البيع أو لا لكونه لا مضرة في قسمة الأرض؟.

فأجاب: إذا صارت الأرض بَرَاحاً كما كانت قبل بنائها فرناً صار حكمها حكم الأرض بحيث لو طلب أحد الشريكين من شريكه بناءها فرناً لم يحكم عليه لدعائه إلى بناء عرصة تقسم فإذا قسمت فعل كل واحد في نصيبه ما أحبّ، فكذا إذا عادت براحاً بعد البناء لأن إنشاءه فرناً ليس هو الفرن الأول، فالواجب المقاسمة، فإذا رفع الحكم للقاضي بسبب القسمة على الغائب فهو على الواجب وإن لم ينقسم فيجب الحكم بالبيع على الغائب إن لم يجد من ماله ما يعمر به نصيبه أو وجد بيع بعضه وإصلاح ما بقي يتعذر به وبيع الحاكم [225 أ] هنا لم يقع على الشرع فيفسخ على كل حال. ثم إن بقيت الأرض براحاً قسمت ويكون نصيب الغائب تحت يد من يصلح لأمانته. فإن بنى فألطف الأمرين أن يكون بمنزلة المستحق فيقال له: ادفع إليه قيمة بنائه في نصيبك فإن أبى قيل للآخر: ادفع إليه قيمة أرضه يوم البناء، فإن أبى كانا شريكين هذا بقيمة البناء والآخر بقيمة الأرض براحاً.

قلت: إن كان يصير لكل واحد ما ينتفع به على حد ما ينتفع بالفرن

فواضح قسمته، وإن كان ينتفع به على وجه آخر أضعف فهو يجري على القسمة إذا كانت تضع من القيمة هل يجبر عليها من أباها أم لا؟ حكى في التنبيهات في ذلك خلافاً. وكونه إذا رجع براحاً كأنه لم يكن فرناً فيه نظر ولا يجري على إحياء الموات لأنه في وسط العمارة مملوك محجراً بشراء أو ميراث، والله أعلم. ثم رأيتُ بعد ذلك جواباً آخر فيها لم أشعر به بعد هذا يشبه هذا الكلام وهو إن كان المقسوم مما يُبْنَى فيه فرنان فالبيع باطل وإلا فهو صحيح.

وأجاب أبو زيد بن يعيش الغساني عن شبه هذا في معصرة تهدمت وصارت براحاً اختلف أصحابنا في البناء والقسمة. وذكرتم اختلافاً هل ذلك الموضع في معصرة صارت براحاً؟ فقال بعضهم: تباع، وقال بعضهم: تقسم لأن أرضها تنقسم. والمعمول عليه في هذه المسألة وشبهها من الحمام والفرن أنه يجبر على قسمة ذلك من أباها حتى يحصل لكل واحد ما يصير معصرة أو حماماً أو فرناً. وحكم القاعة حكم المبني لما يتعلق من الحقوق التي لا تكون في غيرها. وذكرتم إن كان يسير البناء في القاعة مما لا قدر له فلا أثر لوجوده فيها وهذا المعمول عليه عندي في المسألة. وقد أخذت فيها مع المعمول عليه من الفقهاء عندي فكان هذا هو الذي عندهم في القضية.

وأجاب ابن عمر الطرابلسي بأن اختلاف الفقهاء في الفرن الذي صار براحاً فمنهم من حكم بقسم الأرض ومنهم من حكم بالقضاء بالبيع أو يفسد عن أصل وضعه وتسميته، ولكل قول مستند في المذهب نذكره الآن. ومسألة المعصرة التي صارت براحاً واختلاف الشريكين في ما كان وقع في الفرن المشار إليه ويبعد عندي أن تكون المعصرة كالفرن لأن الخلاف في الفرن مستبعد في المعصرة لأن الفرن فيه الطبخ والعجن وهما من الضرر الذي يستحق بالقدم ويمتنع من ابتدائه فإذا اختلف أرباب الملك في بيعه أو قسمته فرأى مالك قسمته ولو أدى إلى الضرر على الشريك تغليباً لحق المالك إذ خروج ملكه عنه لحق شريكه أشد من زوال الضرر عن الشريك. وراعى ابن القاسم زوال الضرر عن المالك الشريك إذ دخول الضرر عليه بتغيير الموضع عن وضعه الذي هو عليه أشد من بيعه على مالكه فترجح جانب الشريك. فهذان الوجهان ينبني عليهما

فقه الفقيهين ولكل قول وجه. وفي نزول القضية ينبني عليها من قرائن الأحوال ما يرجح أحد القولين.

وأما المعصرة فليس فيها بعد صَيْرُورَتها براحاً قصد ومعنى المفيد القسم إذ لا ضرر فيها في ما يظهر إذ لو ابتدأ عملها لم يمنع من أرادها بخلاف ضرر الفرن[1]. . . الطحن إلا أن يتحقق ما في [225 ب] الفرن من الضرر فيجري عليه. ومقتضى الأرجح عندي في المذهب بالقسم وفي الأصل المنقول منه، انظر اختلاف فقهاء الإسكندرية في ما أفتوا به واختلاف هؤلاء في المعصرة. انتهى كلام القوم، ويجري على أصل قول مالك وابن القاسم وما قدمته من نقص القيمة وعدمه.

وسئل اللخمي عن جواب وقع لأبي محمد التوزري قال فيه: قسمة التركة مع التزام الدين في الذمة لا يجوز ولا يصح ومخالفة لظاهر القرآن من قوله: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾[2].

وسئل مالك عن قوم اقتسموا تركة وليهم وهي ألف وعليه مائة دينار فلم تجز القسمة ولم يختلف قوله في هذا واختلف إذا قسموا ثم قضوا الدين. ففي رواية أشهب: يُفسخ، والقول الآخر يمضي القسم، وبه أخذ سحنون وغيره.

فأجاب: القول بفساد القسمة خارج عن الأصول وشاذ وإنما يذكر للمذاكرة، والأصل المعروف صحة القسمة لكن يتعلق به حق لآدمي وهو الغريم، ألا ترى لو رضي الغريم كونه في ذمتهم ويقتسمون لجاز ذلك، فلو كان النهي حقاً لله لم يجز برضى الغريم، وكل موضع يجوز بالتراضي ممن له حق فلا يقال فيه فاسد، والفاسد ما تعلق به حق الله، فالربا حق الله تعالى فلا يجوز التراضي عليه والتدليس بالعيب ينهى عنه ولو رضي به المشتري لجاز ولا يقال إنه فاسد.

وأجاب: الصائغ بأن الورثة لا يفعلون ما وصفت فإن فعلوا وقضوا الدين

---

(1) كلمتان غير مقروءتين بالأصلين.

(2) سورة النساء، الآية: 11.

مضت القسمة على خلاف في ذلك. هذا الظاهر عندي. وقال ابن حبيب: طروء الدين والوصية سواء كانت الوصية بالثلث أو بدنانير. وقال التونسي في كتابه: اختلف إذا باعوا الميراث وأبقوا مثل الدين فذكر رواية أشهب والأمر على ذلك.

وسئل ابن أبي زيد عمن توفيت زوجته وتركت له ولداً فهل تقسم التركة من غير ناظر؟.

فأجاب: ينبغي له الرفع للقاضي ويجعل له من يلي القسم للابن مع الأب، فإن قسم لنفسه مضى إلا أن تظهر محاباة بينة فللولد القيام بها ورده إن بلغ أو لمن يرفع إليه من القضاة قبل بلوغه. وليس كالأخ وصياً كان أو غير وصي فله رده وإن لم تكن محاباة ففعل الأب جائز حتى تتبين المحاباة.

قلت: تجري على أحكام بيع الأب والوصي من نفسه أو لغيره.

وسئل الصائغ عن قسمة الجنة المختلفة الأنواع.

فأجاب: القسمة ينظر فيها إلى تغليب أخف الضررين، فإن كان خروج الأملاك أخف من فسادها وجب البيع وقسم الثمن وإن كان الفساد في القسمة والنقص في الأثمان أقل ضرراً من البيع وجب القسم. هذا الذي يذهب إليه من التزم هذه الطريقة وهو الأشبه عندي. والجنان إذا كانت ناحيته كثيرة الزيتون قسم وحده. وإن كان لا يحمل القسم والقصد الأثمان لا أعيان الشجر بيعَ وقسم الثمن. وإن كانت الرغبة في الأشجار والغرض في التفاح دون النخيل أو الزيتون دون ما سواه من الشجر فالبيع وقسم الثمن أرجح عندي. واختلف في الجنان المختلط [226 أ] ابن القاسم وسحنون. وما ذكرت لك هو الصحيح عندي ولعل كل واحد منهما تكلم على صفة لم يتكلم عليها الآخر فلا يكون اختلافاً. والذي كتبت لك أصل العلم وبه قال من حقق النظر وكان له ثقة.

ورأيت في موضع آخر عن السيوري قال: وقع لعبد الملك إن كان يقع لكل واحد من الأنواع مثل ما يقع للآخر جاز ولعله مراد ابن القاسم وإلا فالصحيح أن الجنان الواحد كالجنات المختلفة.

قلت: ما قال عن ابن القاسم هو قوله فيها.

وأما الأشجار فإن كانت مختلفة مثل تفاح أو رمان أو أترجّ وغيره وكلها في جنان واحد فإنه يقسم كله مجتمعاً كالحائط فيكون فيه البرني والصيحاني والجعرور[1] ومصران الفأرة وأصناف التمر فإنه يقسم على القيمة ويجمع لكل واحد حظه من الحائط في موضع. وإن كان كل صنف من تفاح أو رمان وغيره في جنان على حدة قسم بينهم كل جنان على حدة بالقيمة إذا انقسم.

قلت: كان يمر لنا في المجالس أن في القياس نظراً إلا أن الصنف للصنف أقرب من النوع للنوع فلا يلزم من جمع الأصناف جمع الأنواع، وإنما العلة الحقيقية الضرورة كجمع النخلة مع الزيتونة بالقيمة والقرعة وقول سحنون بالمنع. وحكى ابن حارث قولاً بالكراهة.

وأما الأصناف فقال ابن رشد: الاتفاق على جواز القسم. وعن اللخمي: إن كان الجيد على حدة والرديء على حدة وكل منهما يحمل القسم تُستحبّ قسمته على الانفراد. وعن ابن عبد عبدوس: إن كان بعض الشجر أكرم من بعض بالأمر المتباين جداً لم يجمع في القسم.

وسئل السيوري عن ورثة، لواحد منهم مثلاً العشر.

فقال: أجمعوه في ضيعة لأن تفريقها فيه ضرر فقالوا له: الضياع تختلف فيه الجيد والرديء فهل يجمع حظها في ضيعته أم لا؟.

فأجاب: إذا اختلفت الضياع فله في كل ضيعة سهم.

قلت: عن ابن رشد الأرضون كالحوائط تقارب وتشابه قربها من الحاضرة التي تعمر فيها جمعت في القسم وإن كان بعضها أقرب إليها بيسير تخرجت على الخلاف في جمع الأرضين إذا كان بعضها أكرم من بعض لأن القرب كالكرم تختلف لذلك قيمتها. واليسير ميل ونحوه وقيل ميلان ونحو ذلك، وكذا تختلف في جمعها إن تباعدت وهي على قدر واحد من الحاضرة فيجمع على قولها في

---

(1) الجعرور: نوع من التمر صغير الحجم.

الداين فتقسم قسماً واحداً إن استوت في النفاق وتباعدت في المواضع.

وعلى ما في سماع أشهب: في الدور لا تقسم قسماً واحداً إلا على التراضي، وإن كان بعضها أقرب إلى الحاضرة بكثير لم تقسم قسماً واحداً لكثرة تباينها.

وفي سماع ابن القاسم: من ترك نخلاً بخيبر نحواً من خمسين عذقاً ونحوها، بوادي القرى ونحوها، بالفرع ونحوها وراء المدينة إلى مكة وقسم ورثته على ثلاثة وعشرين سهماً فقالوا: اقسموا كل عذق على ناحية، قال مالك: لا أرى ذلك، يأخذون نخلة نخلة هذا ضرر، يقسم ما بخيبر ووادي القرى ويعدل بالقيمة وما بناحية الفرع[1] مثل ذلك تضم النواحي بعضها إلى بعض تضم خيبر إلى وادي القرى والفرع إلى ما بناحيتها.

ابن رشد: يريد إذا دعا إلى ذلك بعض الورثة لأن قولهم اقسموا كل عذق أي قال بعضهم [226 ب] ذلك إذا اتفقوا على ذلك لجاز. وهو كقول عيسى في الأرض الكريمة والدنية تقسم كل واحدة على حدة إن حملته وفي جميعها ثالثها إن لم تحمل كل واحدة منهما القسم.

وفي المدونة: إذا ورث قوم أراضي وعيوناً كثيرة فإن استوت الأرض في الكرم وتقاربت أماكنها واستوت العيون في سقيها الأرض جُمعت، وإن اختلفت الأرض في الكرم والعيون في الغرر قسمت كل أرض وعيونها على حدة.

وجوز في الموطأ قسم البعل مع ما يُسقى بالعين سقياً دون نضح. الباجي: هذا مشهور المذهب لأنهما يزكيان بالعشر بخلاف النضح. وفي الواضحة وسماع أشهب: لا يجمع البعل مع السقي. ابن زرقون: لا يجمع البعل مع النضح ولا مع السيح اتفاقاً إلا على رواية النخلة والزيتونة. اللخمي: ورأي ابن وهب يُقسم البعل مع العيون إذا كان شبههما في الفعل خلاف قول ابن القاسم وأشهب: لا يُجمع بعل مع سقي. وعن ابن مسلمة: يُقسم البعل مع

---

(1) الفرع: في الطريق بين مكة والمدينة.

العيون لا مع النضح إلا برضى أهله ولا وجه لهذا بل البعل مع النضح[1] أقرب من البعل مع العين، وتقدم توجيه الباجي له لاتفاقهما في الزكاة. وظاهر المدونة: لا يجمع ما يسقى بالعين مع البعل.

ابن الحاج: يراعى في قسمة الأرض عند ابن القاسم وجهان استواؤهما في الجودة أو ضدها وقرب بعضهما من بعض، فإذا استوت فيها جمع لكل سهمه من جميعها في موضع واحد وإن انخرم منها شرط واحد قسمت كل أرض على حدة، وهذا قول أشهب. وراعى سحنون قرب بعضها من بعض خاصة فيقسم جميعها بالقرعة وجعل لكل واحد حظه في موضع واحد.

ومذهب ابن القاسم في الدور كما تقدم، ومذهب أشهب فيها كمذهبه في الأرض، ومذهب سحنون كابن القاسم في الدور وكأشهب في الأرض.

مسألة من المجموعة: اختلف في قسمة الحبس قسمة اغتلال فكرهه قوم وأجازه آخرون ويحتمل أن يريد الأرض أو الشجر لنصِّهم على منع قسمة الشجر.

قلت: هذه قسمة المهاياة وهي اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه فيه زماناً معيناً من متِّحد أو متعدد وتجوز في نفس منفعته لا في غلته وفي مدتها ثلاثة أقوال في النوادر عن ابن عبدوس.

روى ابن القاسم قول أحد الشريكين في العبد أختدمه أنا اليوم وأنت غداً أو شهراً بشهر جائز. ابن القاسم: وأكثر من شهر وشبهه، محمد: إنما يجوز خمسة أيام فأقل.

وأما الربع فقال ابن عبدوس عن ابن القاسم: يجوز في الدور والأرضين وما هو مأمون القياس السنين المعلومة والأجل ككرائها وليس لأحدهما فسخه. وإن تهايؤوا في دور أو أرضين على أن يسكن كل واحد أو يزرع ناحية جاز. روى أبو محمد: لا يجوز في الداية أن يقول خذ كسبها اليوم وآخذ كسبها غداً وكذلك العبد وروى محمد إلا في يوم واحد.

---

(1) خمس جمل سقطت من أ.

ابن عات: قيل في غلة الرحى يومان. وقال عياض: هي ضربان مقاسمة الزمان ومقاسمة الأعيان يوهم غرراً، والثاني عن الزمان وليس كذلك، ومحمله: إن كان المشترك فيه واحداً، يتعلق القسم بالزمان لذاته. وإن كان المشترك فيه متعدداً متعلق القسم بالزمان فيه بالغرض، لأن متعلقه بالذات يقتضي أخذ المشترك فيه ولا بد من الزمان، إذ به يعلم قدر الانتفاع، وهي بالمراضاة.

ابن رشد: ومنها قسم الحبس للاغتلال في جبر المحبس عليهم غلته ما لم يزد عددهم بولادة أو ينقص بموت، ومنعه. ثالثها يجوز برضاهم. واحتج الأول بقولهم في من حبس [227 أ] في مرضه على ولده وولد ولده يقسم الحبس على عددهم وغير ذلك من الظواهر الموجودة في مسائلهم. واحتج المانعون بقول مالك: لا يقسم الحبس.

وقال ابن الحاجب: المهاياة لازمة كدار أو دارين يأخذها كل واحد أو أحدهما مدة معينة وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد سكنى دار.

وقال ابن هشام: هي ضربان في الأعيان كسكنى أحدهما داراً والآخر أخرى، ومهاياة في الأزمان كسكناهما داراً لهما شهراً بشهر وهي واضحة. وفي قول ابن الحاجب نظر قاله شيخنا، انظره في المجموعة.

اختلف في قسمة الحبس على التعديل والانتفاع فكرهه قوم وأجازه آخرون فهذا يحتمل أن يريد الأرض والشجر وغيرهما.

أبو محمد: في من بينهما دار فاقتسماها فجاءت شجرة فيها لأحدهما وبنى الآخر نصيبه فعرضه بعض أغصان تلك الشجرة فليس له قطع ما يمنعه البناء كالرف يقتسمان عليه والشجرة مثله.

وسئل ابن أبي زيد عن الأندر إذا جمعته السيول في موضع واحد أو مواضع بعد الخلط، هل يقبل قول بعض الحراثين إذا قالوا هذا أندر فلان وفلان رأيناه وقت رفع الماء إياه؟ وكيف قسمة الشعير والزيتون عند الخلط؟ هل يصدق كل واحد عما كان في أندره ويحلف أو لا؟.

فأجاب: إن كان إنما اختلط بشهادة الحراثين وهم عدول فهي جائزة وغير العدول شهادتهم غير جائزة. وأرباب الزرع والزيتون تقارروا بينهم على شيء معلوم فهو كذلك، وإن تجاهلوا فليس إلا الإصلاح.

قلت: كثيراً ما يقع عندنا بتونس تأتي السيوال بالزيتون في تلك الأودية وحكمه هكذا. وكذا ما اختلط على أيدي اللصوص من الزرع أو من الأطعمة أو من الزيتون على هذا المنوال. وكذا ما وقع في الرواية في السفن إذا اختلط فيها الطعام المشحون فإنه يقبل قول كل واحد في ما ذكر بعد يمينه إذا ادعى ما يشبه. وهذا كله يجري على أصل واحد.

وسئل ابن رشد عن قرى أسلم عليها أهلها وتوارثها ذرياتهم خلف عن سلف وكانت بينهم مسارح كل واحد ينتفع بما لا فضل لأحد على صاحبه فيها، ثم اجتمعوا على قسمة تلك المسارح فاقتسموها عن رضى منهم على حسب حصصهم فيها وحضر قاضي الموضع لهذه القسمة فهل هي صحيحة أم لا؟ وهل لمن أراد نقض القسم منهم أن ينقضه أم لا؟.

فأجاب: إن كانت تلك المسارح داخل قراهم هم الذين ينتفعون بها لا غيرهم إلا من دخل عليهم قراهم فهي لهم لا حق لأحد معهم فيها ممن هو خارج عنهم فقسمتهم بتراضيهم على قدر أنصبائهم جائزة ليس لأحد نقضها بوجه.

وسئل عمن استحق شقصاً من دار أو ساحتها أو كانت بين شريكين وأحدهما ساكن فيها وأرادا قسمتها وهي تنقسم فدعا الخارج إلى إخلائها لتقسم، وقال الآخر: تقسم وأنا فيها، فما تعين لي فيها نقلتُ إليه أثاثي وأبى الإخلاء، فهل القول قوله أو قول الآخر؟.

فأجاب: إذا انقسمت الدار دون مؤونة وينقضي القسم من ساعته أو إلى الحد الذي يؤجل في الإخلاء إذا وجب فلا يجب إخلاؤها.

ابن سهل في سماع يحيى: عن مناصب الأرحاء على الأنهار إذا انقسمت وصار لكل واحد منهم ما ينتفع [227 ب] به قسمت.

وفي وثائق ابن الهندي: إذا كان للرجال براري قسمت وإلا فلا. ابن حبيب: قول مالك في الدور والأرضين إنها تقسم قلت أو كثرت وإن لم يصر منه إلا قدر محدود لقوله تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾[1] وهو قول أبي حنيفة ولم يقل به أحد من أصحاب مالك إلا ابن كنانة وأباه وغيره من جميع أصحابه المدنيين والمصريين وقالوا: معنى قوله ﴿نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ أي أن لهم حقهم منه ثم قسمت على السنة. وقد قال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار» ومن أعظم الضرر أن يقسم بينهم ما لا ينتفع به ولكن يباع فيقتسمون ثمنه.

قلت: تقدم القول الثالث إذا صار لأحدهم ما لا ينتفع به بوجه القسم وإلا بيع عليهم.

قال ابن حبيب: ولا يجوز للقاضي أن يأمر بقسمة مالك موروث حتى يثبت عنده ملك الموروث له ويحاز وتسمى مساحته.

ابن الحاج وابن يونس في غير المدونة: لا يقسم القاضي بين الورثة حتى تثبت الوفاة وعدة الورثة وأنه يملك هذه الرباع بلغوا أو كانوا صغاراً ولا يقسمها بتقاررهم عليها بملكها. انظر في سماع يحيى من الأقضية ما يضارع قوله بملك هذه الرباع، وزاد في غير هذا: فإن قسمها بينهم دون إثبات أصل الملك عنده فليذكر في كتاب القسمة أن ذلك إنما كان بإقرارهم على أنفسهم دون بينة تشهد لهم بملكهم.

قلت: للمتيطي في ما أحفظ أنهم إذا أرادوا الإسناد إلى القاضي يكتبون الوثيقة بأن يقول القاضي: أتاني فلان وفلان وأخبراني أنهما يريدان قسمة أرض كذا أو دار كذا على أجزاء كذا وقد أذنتُ لهما في ذلك. وهذا يؤخذ من قوله لا يجوز للقاضي أن يأمر وهذا يقضي نفي الجبر.

قال: وأجاز ابن القاسم قسمة الدور الغائبة على الصفة. قال سحنون: على التراضي.

---

(1) سورة النساء، الآية: 7.

وأخبرني ابن عتاب أن محمداً بن أحمد شاورهم في قسمة دار ابن عامر المفضلة على الدور التي بداخل مدينة قرطبة، وقام الحاضر من ولده وأثبت ملكه إياها وأنها مشتركة بينه وبين أخيه الغائب فلان بإشبيلية نصفين وأنها تحتمل القسمة وحيزت، وأثبت مغيب أخيه المذكور. وأفتيناه فيها بالإعذار لقرب الموضع وإمكان ذلك بسلوك الطريق إليها وأمنه. وأفتى ابن القطان بالمعهود منه يريد خلافه. وكان ابن مالك يرى الإعذار في هذا وهماً ولا يحتاج إليه وكانوا يشاورون في وقت واحد. فتوفي ابن مالك سحر يوم الثلاثاء لإحدى عشرة ليلة خلت من جمادي الأولى سنة ستين وأربعمائة (460 هـ/ 1067 م) وتوفي ابن القطان ليلة الاثنين لسبع بقين من ذي القعدة من سنة ستين وأربعمائة (460 هـ/ 1067 م) وتوفي ابن عات سحر يوم الثلاثاء لعشر بقين من صفر سنة اثنتين وستين وأربعمائة (462 هـ/ 1069 م).

وفيه: دار بين شركاء بعضهم يسكنها وبعضهم خارج عنها وأرادوا إخلاءها وتسويقها للبيع وأراد الساكن أداء قيمة أنصبائهم من الكراء وسكناها بشرط التسويق.

فأجاب ابن عتاب: الذي أفتى به شيوخنا قديماً وحكم به أن الدار التي لا تحتمل القسمة وتنازعوا فيها كما ذكرت أن تخلى من جميعهم للتسويق خالية إلا أن يوجد من يكريها من غير الورثة بشرط التسويق فتكرى منه إذا أمن منه الميل إلى بعض الورثة ولم يكن من ناحية أحدهم [228 أ] ولا من نسبه، وبه أقول.

وأفتى ابن القطان أن بقاء الدور دون كراء ضرر على من يريد الارتفاق بنصيبه إذا كانت داراً يكرى مثلها. ووجه العمل أن يقال إن اتفقتم الآن على التقاول في الكراء إلى أن ينفذ البيع فيها فتقاوموها ويسكنها من وقفت عليه، وإن أبيتم أخليت منكم ثم أشيدت للكراء كما يشاد البيع، فإذا بلغ كراؤها ثمناً ما كان لمن أراد السكنى أن يضم حصص أصحابه لما بلغت ويسكن إلا أن يزيد عليه من يشركه فيكون أحق. والإشادة للكراء بشرط التسويق للبيع إلا أن يثبت ضرر من الساكن من الورثة يحل البيع، فإن ثبت أكريت من غيره، وإن ثبت أن إخلاءها أوفر للثمن أخليت.

وأجاب ابن مالك: إن كانت الدار لا تحتمل القسم كما أظهر الله لي الأقوال. ابن القطان: وظهوره في المذهب كما يعرف الناس أبناءهم. قال ابن سهل: تقدم من هذا نحو ما أفتى به ابن عتاب وفي جوابه مقنع لو كان إنصاف، وإليه يرجع ما ذكره ابن القطان.

وعن ابن لبابة وغيره: إذا تورك أحد الشركاء عن الحضور للقسمة وظهر ذلك للقاضي باتصال توركه وبطول التردد لحضوره أمر القاضي بالقسم عليه ووكل من يقبض نصيبه فيبعث قاسماً يرضاه ورجلين يعمل عليهما يحضران القسم ووكيلاً يوكله للغائب وكالة يشهد له بها في ذلك الكتب المعني الذي أوجبت من ثبوت التورك عنده. فما حصل للغائب قبضه وكيله وقبضه له بأمر القاضي كقبْضه لنفسه لو كان حاضراً.

وإذا اقتسم الرجلان أرضاً فقام أحدهما على صاحبه يقول: إنك دخلت عليّ في أرضي فالقول قول المدعى عليه في ما يدعيه وعلى الآخر البينة. وهذا المعنى في المدونة.

ابن الحاج: في رجلين بينهما رَحَيَان لأحدهما الثلثان منهما والآخر الثلث وتجريان في الشتاء وإحداهما في الصيف ولا تنقسمان على أقل السهام فدعا من له الأكثر إلى البيع أو المقاومة هل له ذلك أم لا؟ وإذا أوقفتا على ثمن هل لمن دعا إلى البيع أو المقاومة الأخذ بما وقفتا عليه من غير زيادة فله ذلك إلا أن يزيد الآخر عليه فيكون له ذلك إلا أن يزيد الأول، فإن انتهت الزيادة إلى أحدهما ثبتت له.

وأفتى ابن الحاج بأن السلعة إذا وقفت على ثمن وهي مما لا تنقسم فلمن أبي البيع أخذها بذلك دون من دعا إلى البيع.

قلت: في التنبيهات: قيل إنما التخيير للآبي لا للطالب للبيع، وإليه ذهب أحمد بن نصر، وقيل: لا يجبر على البيع من أباه ولا غيره، وهذا نحو من قول مالك في وجوب القسمة مطلقاً.

وكان ابن رشد يذهب إلى مثل هذا في رباع الغلة وما لا يحتاج إلى السكنى والانفراد، وأن من أراد بيع نصيبه أو مقاومته لم يجبر شريكه بخلاف ما يراد للسكنى، ذهب اللخمي إلى أن هذا في ما وُرث أو اشتُري للقنية وأما الشراء للتجارة فلا يقسم.

وكذا لو اشترى أحدهما جزءاً والآخر كذلك أو بعضهم بعد بعض لم يجبر أحد منهم على البيع مع صاحبه وذكر بقية كلام انظره. وبهذا جرى العمل [228 ب] عندنا بتونس في هذه الصورة الأخيرة.

وفيه: إذا ادعى أحد الشريكين القسمة وأنكر الآخر فالقول قوله، وكذا لو ادعى أحدهما قسمة بتّ وقال الآخر قسمة منفعة لكان القول قوله وعلى الآخر البينة. وقال بعضهم: إن الثانية تجري على اختلاف المتبايعين في بيع البتّ والخيار.

قلت: إنما هذا حيث يحسن الأمران من المهاياة أو تمليك الرقبة ولو طالت المدة مثل بقاء كل قسم في يد أربابه العشر سنين أو أكثر فالقول قول من دعا إلى قسمة البتّ من غير خلاف، لأنها حيازة ودعوى توافق قسمة البت. وقد وقعت وعلى ظني أنه حكم فيها بهذا واختير هذا فيها. ثم رأيت في الطرر قال: إذا اقتسم الشركاء أملاكهم وبقيت زماناً ثم يدعي بعضهم قسمة الأوفاق والآخر قسمة البتّ ولا بينة فلا سبيل إلى نقض القسم لاعترافهم بالقسم وادّعائهم ما يوجب نقضه فلا يصدقوا لأنه عند مالك بيع من البيوع والقول قول من ادعى البتّ إذا لم يظهر غبن وعند كل واحد قدر نصيبه، وهو كالمتابعين يُقرَّان بالبيع ويدّعي أحدهما الخيار فلا يقبل منه ووجهه ما تقدم.

وفي معناه إذا لم يتقارروا بالقسم وقال بعضهم: إنه أقطع كل واحد منا أرضاً يعمرها من غير قسم وادعى بعضهم القسم فعلى مدعي القسم البينة وعلى غيرهم اليمين ثم يقتسمون.

قلت: فيحمل على أن الأولى طال زمانها والأخرى لم يطل زمانها، ودليله أنه ذكر قبل ذلك عن بعض المفتين مثل ما ذكر ابن الحاج. وإذا اجتمعوا

على القسم وقعد أحدهم عنه وقسم الباقون ثم عرف بقسمته وموضعه فسكت ولم يغيّر ذلك لزمه القسم ومضى عليه.

وفيه: إذا ضرب أعلى البئر حائط فأخذ هذا من جهته وكذلك الآخر فإنما يكون هذا منهما على التراضي، ولو أرادوا القسمة الحقيقية بالقرعة والحكم عليها، فلابن القاسم في المدونة: إنما يقسم بالشرب لا على قسمة أهل البئر. وأما مثل قسمة آبار قرطبة فلا يحتاج لقسمتها بالشرب[1] لأن في خط كل واحد ما يكفيه فلا بأس بضرب حائط بين النصيبين. ومن دعا إلى المقاومة إلى البئر لا يجبر الآخر عليه.

وفيه: صفة جدار بين رجلين إذا قسم عرضاً أو طولاً وصفة الدارين أيضاً الدار جوار... الدار أو طولاً العرض الخطان يأخذ أحدهما الخطان إلى جهته اذكر مع قسم الحائط عرضاً أو طولاً لا اشعار البدن في أسنمتها عرضاً والآخر إلى جهة الطول أن يأخذ أحدهما من الخط إلى فوق فيكون ما يقابل دار صاحبه كما يكون له ما يقابل داره وكذلك صاحبه. وللخمي في قسم الجدار كلام فانظره[2].

في أحكام ابن سهل: إذا اقتسم رجلان أرضاً فقام أحدهما على صاحبه فيقول: إنك دخلت في أرضي، فالقول قول المدعى عليه في ما بيده وعلى الآخر البينة، ومعناه في المدونة.

قلت: لعله في مسألة إذا وقع كل واحد في حد صاحبه وقال حد الساحة ها هنا إلى آخرها.

وقال أبو صالح: كل دار متيقن أن فيها آباراً باطنة فإنه لا يجوز القسم فيها حتى تعرف أمكنتها ويأخذها التقويم. وأما الدار لا تعرف لها آبار تقسم ثم يجد بعضهم فيها بئراً فإن سحنون قال: البئر لمن وجدها.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

(2) كذا وردت الفقرة بالأصلين مضطربة الألفاظ غير واضحة المعاني يضاف إلى ذلك وجود صورة بسيطة للجدارين وهما شكلان مستطيلان.

قلت: هذا يجري على الخلاف في من اشترى داراً فوجد فيها عمداً أو حجراً أو ماجلاً أو صخوراً فمذهب سحنون ما ذكر واختلف [229 أ] قول ابن القاسم في ذلك فمرة قال: إنه للبائع ومرة كقول سحنون. وبه وقعت الفتوى من شيخنا الإمام وقضى به القاضي حينئذ.

ابن عبد البر: لا يجوز عند الجميع أن يقاسم أحد عن نفسه لنفسه ولا آخذاً منها ومعطياً لها، ولو كان الشريك وصياً ما جازت قسمته عن أيتامه ولكن يقسم عنهم وكيل من جهة القاضي.

قلت: في الطرر عند قوله: قبض فلان ما قبض لنفسه جميع ما صار لأخيه.

قال: في هذه الوثيقة نصيب المولى عليهما خرج مع نصيب الناظر لهما شياعاً وهو جائز عند بعض أهل العلم إذا وافق السداد، لأنه لم يبق بين الوصي وبين من في نظره قسمة في ذلك، فإن ذهب الوصي إلى قسمة ذلك فالقاضي أولى منه أو مقدمه، فإن فعل الوصي ذلك دونه نفذ إذا وافق الواصب على ما في الكتاب.

قلت: أما جمع السهام بينه وبين محجورتيه فلعلهما أهل سهم واحد أو بمراضاة ولا مانع له من هذا.

وأما إذا أراد أن يقسم أو يبيع ما هو شركة بينه وبين محجوره فلا بد من مشورة القاضي وإمضائه إذا وقع بمنزلة ما باعه لنفسه من مال محجوره وتقدم أنه إذا وافق السداد إما يوم الوقوع أو يوم القيام أو الأحوط لليتيم منهما فإنه يمضي كما قال هنا.

وفي قسمتها: يجوز أن يقاسم على الصغير أبوه أو وصيه الدور والأرضين أو غيرها ملك ذلك بمورث عن أمه أو بغير ذلك. ولا يقسم الوصي بين الأصاغر حتى يرفع للإمام ويراه نظراً، وإن كان معه أكابر أحببْتُ أن يرفع إلى الإمام، فإن قاسم للأصاغر دون الإمام جاز إذا اجتهد حضر الأصاغر أو غابوا،

وما صار لكل صغير منهم بقسم وصيّ أو قاض مع أكابر بقي بحاله لا تخلط أنصباؤهم بعد ذلك.

وفي رهونها: لا بأس أن يشتري الأب أو الوصي لبعض من يلي من بعض. وهذا يرد قول من قال: الوصي لا يقسم على من في ولايته بالتراضي. من وثائق الباجي وعلى الخلاف حمله اللخمي. وعن بعض المغاربة بل القسمة أحق، وفيها المنع والجواز والكراهة ووجه هذا خشية الميل. وأما قسمته مع الأكابر ففيها الجواز والكراهة، انظر اللخمي.

وفي الموازية: من له يتيمان ولأحدهما دنانير وللآخر دراهم فلا بأس أن يصرف من بعضها لبعض. وكذا الوديعتان إذا بعث بهما معه. وإن دفع إليك رجل دنانير والآخر دراهم للصرف وصرفت من هذا لهذا فأجازه مالك وكرهه ابن القاسم حتى يحضر أحدهما وخففها محمد، ونحوه عن أبي زيد في العتبية.

قلت: يكون قائضاً من نفسه لنفسه ويكون عاقداً لهما، ونحوه الزوج يكون ولياً للمرأة فيجوز أن يعقد لنفسه ويكون عاقداً وزوجاً، ويستحب أن يقدم غيره وقيل يجب، وكذا الوكيل على عقد النكاح أو على التزويج والوصي على القول بأنه يجوز أن يعقد لنفسه انظرها في تبصرة اللخمي في النكاح. وهذا إذا كان الحمل ظاهراً وقالوا: نقسم ويبقي نصيب الحمل ويجعله ذكراً، فقال أصبغ: لا يفعل هذا فإن وقع وجب فسخه. فعلى هذا إذا هلك وله ثلاثة أولاد وامرأة فتسأل المرأة، فإن كانت حاملاً وقفت [229 ب] التركة حتى يظهر أنه ليس بها حمل بانقضاء أمد العدة أو وضع حملها وإن اعترفت بعدم الحمل صدقت وقسمت التركة، وإن قالت: لا أدري أخّر قسم الميراث حتى تستبرىء نفسها بحيضة أو يمضي أمد العدة ولم تظهر ريبة، واختلف في تقييد الوصية قبل الوضع، وتقدم حكم الدين.

ابن سهل: روى الأخوان عن مالك في الصغار يموت أبوهم فيحضنهم أم أو عم أو أخ رشيد أو أجنبي احتسب فيهم وقام بولايتهم بغير تقديم سلطان أو إيصاء أب وينفذ لهم وعليهم ما يجوز للوصي من أوصى إليه به من مقاسمة أو

بيع أو ابتياع أو تزويج أو صلح أو إنفاق أو حيازة منه أو من غيره يتنزل منزل الوصي في ذلك كله. وبه أقول وقاله أصبغ وهو في المدونة في مربي اللقيط: إن مقاسمته له وحيازته ما تصدق به عليه جائزة. قال: وروى ابن القاسم عن مالك في صاحب الشرطة أنه في القسمة على الصغار كالقاضي.

قلت: وهو جار على مسألة صبيان الأعراب في الأنكحة من قوله: ومن أَنظَر لها منه.

ويخالف هذا مسألة من كنف أخاً صغيراً أو ابن أخ احتساباً فأوصى له أحد بمال فقام فيه لم يجز بيعه ولا قسمته. وكذا لو ثبت على تركة أخيه وولده من غير إيصاء فهو كالأجنبي. وقال عياض عن سحنون: وهذا الأصل، ومسألة اللقيط لا شيء، وخرج اللخمي الخلاف من المدونة في مسألة القرابة والأجانب فانظره.

ابن الحاجب: في كرم بين رجلين غاب أحدهما ورفع الآخر إلى القاضي فقسم بينهما فحفظ نصيبه وضيّع نصيب الغائب، فلما قدم أراد نقض القسمة وترافعا إلى القاضي، فأفتى ابن سهل وابن فرح بنقض القسمة، وأفتى أبو الحسن بن حمدين بإمضائها ولا يعرض لها، واحتج الأولون بقوله فيها: ليس قسم القاسم بمنزلة حكم الحاكم. فقال ابن حمدين: نعم إذا لم يحكم القاضي بقسمة، وفي مسألتنا حكم ابن سراج بقسمه، ثم قال: أين البينة التي شهدت بصحة القسم في ذلك من التي تشهد الآن بضد ذلك، فرجع ابن منصور وقال: أنتم أعلم بشهود بلدكم ولم ينقض القسمة، فقال له أحد الخصمين: يا قاض فلِمَ غيّبتنا؟ فسكت بعض من حضر مخافة التسجيل عليه فينقطع كلامه بعد.

ابن عات عن ابن مغيث: إذا وكل صاحب النصيب من قسم عليه فقاسم على المراضاة كان للموكل أن يقوم بالغبن الذي يظهر فيه لأن قسمة الوكيل ليست كمن يقاسم عن نفسه. قاله ابن زرب وغيره. وفي الأقضية من المدونة ما يظهر منه خلاف هذا، أعني ما في متن الكتب من أنه لا يقام بالغبن في قسمة المراضاة، وكلام ابن رشد في مرابحة المقدمات.

ابن الحاج: في دار بين شريكين نصفين تقبل القسمة فمات أحدهما وترك ورثة ولا تنقسم على الورثة فإنها تقسم أولاً فيصير نصيب الشريك يصنع به ما أحب ولا يجبرونه على البيع معهم حين لم تنقسم ثانياً وحجته أن الشريك مع بقيتهم لا شفعة له إذا باع أحد الورثة مع بقيتهم فكذلك لا يقاسمهم على أنصبائهم.

وسئل ابن أبي حفص عمن تصدق على بنيهِ وهم [230 أ] مالكون لأمرهم بملك له متعدد وبياض صدقة[1]. . . مقبوضة واستثنى لنفسه ثلاثة أعشار ثمرتها وقبلها البنون منه وذهبوا إلى قسمتها ويعطي كل واحد ما يلزمه من المستثنى ومنَعهم المتصدق من ذلك فهل لهم ما ذهبوا إليه أم لا؟.

فأجاب: لهم القسمة وله استثناؤه ولا يتعارضان، وبمثله أفتى ابن رشد، وزاد: ويكون استثناؤه باقياً في حظ كل واحد منهم بما ينوبه منه على قدره، ومثله قال ابن الحاج.

وفيه: لو قسمت أملاك عليها وضيعة وتقارروا على ما يلزم كل واحد منهم جاز ولا بد في الوثيقة من ذكر موضع إغلاق الوضيعة لأن القسمة كالبيع.

ابن الحاج: وإذا كان لبيت المال شركة مع قوم في قرية فإنها تقسم بعد ثبوت الملك على هذه الحالة ويوكل القاضي من يقسم على بيت المال ويبعث شهوداً يحضرون القسمة أنها وقعت على السداد في القسمة، ولو قسمت بالقرعة والتعديل لكان أحسن.

وإن خرج عن بعض ربع اليتيم في القسمة فهو يأخذ آخر بوجه النظر. ولو باع الوصي بعض ربع اليتيم واستخلف آخر لكان هذا الذي ينبغي له كالقسمة.

وفيه: إذا قسم الحائط وفيه ثمرة فلا جائحة في ثمرته، وهو قول ابن القاسم وسحنون وكأن القسمة على قولهما تمييز حق. وسلك ابن القاسم هذا مرة فأجاز قسمة النخل وفيها تمر لم يؤبّر ولو كان بيعاً ما جاز، وقال مرة: إنها

---

(1) جملة مضطربة وكلمتان غير مقروءتين بالأصلين.

بيع. قال: في البلح الصغير والكبير تنقض القسمة بالإهاء ولو كان تمييزاً لم ينتقض.

ابن سهل: وجدت من قول مالك أنه يجوّز لرجلين أن يقتسما طعاماً لهما من سلم قد حل أجله أو لم يحل يأخذ أحدهما الثلث والآخر الثلثين وذلك هبة من الراضي بالثلث.

قلت: هذا بين على القول إنها تمييز حق وعلى القول إنها بيع فلا تجوز أو يكون على أحد القولين في بيع دينار بدينارين وما ألزم فيها أشهب المغيرة وهي مشهورة.

ومثله في المدونة من قوله: لا يجوز قسم اللبن في الضروع لأنها مخاطرة، وأما إن فضل أحدهما الآخر بأمر بين على المعروف وكان أن هلك ما بيد هذا من الغنم رجع في ما بيد صاحبه فذلك جائز لأن أحدهما ترك للآخر فضلاً بغير معنى القسم. ومنع أشهب مسألة اللبن ولو بان التفاضل، من ابن يونس: وعن فضل: ناقض كل واحد منهما أصله في مسألة البقل. وقد اختلف الشيوخ هل يجوز جرياً على مذهب ابن القاسم؟ ولعل ابن القاسم يجيز التفاضل في البقل كاللبن. ويتخرج من المسألة الصبرة لأشهب ومسألة اللبن لابن القاسم جواز قسمة الطعام المدّخر على التفاضل وعلى التأخير ورجح مذهبه بقوله لأنه من المعروف وليس مما تختلف فيه الأغراض والقسمة بخلاف البيع وجواز التأخير قياساً على السلف.

وسئل ابن رشد عن ثمانية أيتام ذكران وإناث مشتركين في حمام من قِبَل مورّثهم شاركهم فيه بالربع بابتياع أبيهم رجلان من بني عمهم نحل أحدهما نصيبه من ابنة له صغيرة [230 ب] ثم بيع ربع الحمام على الأيتام لموجب اشتراه رجلان من أهل الترف ثم دعا الأشراك إلى البيع في الجميع أو المقاومة أو في ما سوى حظ الأيتام وليس لكل منهم قدرة على رده إلا هذا الداخل خاصة وهو قصده، فهل يُجبر أحد من أشراكه على المقاومة معه ويبقي نصيب الأيتام أو يجبرون كلهم على المقاومة أو لا يجبر أحد منهم؟ ونصيب الأيتام المذكورين

ليس لهم إلا هو وبكرائه يقوم حالهم وإذا بيع عليهم فقد حقهم عن قرب ويخشى عليهم الضيعة. فبيّن لنا ما يقتضيه الحق والسنة عن سيدنا محمد ﷺ.

فأجاب: لا يلزم الشركاء ما دعاهم إليه شريكهم من البيع والمقاومة، وإن كره المقام معهم باع نصيبه ممن شاء على الإشاعة بما وجد من الثمن، ولا يحكم ببيع ما لا ينقسم إذا دعا إليه أحد الأشراك إلا في ما فيه ضرر بيّن كالدار والحائط، وأما مثل الحمام والرحى وشبهه مما هو للغلة فلا.

قلت: تقدم للقاضي نحو هذا المذهب وإن رباع الغلة لا يجبر الشريك صاحبه على البيع فيها ولا القسمة. ويحتمل أيضاً على أصل اللخمي أن هذا دخل على التشقيص فلا يجبر معه غيره وتقدم أن به العمل، فافهمه.

وفي مسائل ابن زرب: القسمة ثلاثة أوجه وجهان يقام فيهما بالغبن وهما قسمة القرعة والتحرير وقسمة مراضاة بعد التقويم والتحرير والثالث لا يقام فيه بالغبن وهو كبيع المساومة قسمة المراضاة والمهاياة دون تعديل وتقويم.

لعياض: ابن عات عن إبراهيم: لا يقام بالغبن إلا بقرب القسمة، وبعد الطول والاستغلال فلا يقام في ذلك. وعن ابن سهل: إن فات الذي فيه الغبن ببناء وشبهه رجع بقيمة الغبن، قالا: كذا فسره الأخوان. فإن لم تقم بالغبن بينة وجب اليمين على الشركاء أو الورثة[1] . . . إذا فات المقسوم ببيع أو شراء مضى القسم ولا كلام للقائم بالغلط أو الغبن في ذلك. ابن عبد الغفور: الأول أحسن.

وذكر بعد هذا: إذا ادعى أحدهم الغلط وأنكر الشركاء فلا يمين عليهم ولكن ينظر فإن أتى ببينة أو أمر يُستدل به على الغلط انتقض القسم ولا يمين على منكر الغلط. بمنزلة من كتب على نفسه حقاً لرجل ثم يزعم أنه غلط في الحساب فلا يمين له عليه، وهو قول مالك، انظر التونسي وابن يونس.

وفي المجموعة: في الزوجة مع العصبة في قسم الأرض يضرب لها في

(1) كلمتان غير واضحتين بالأصلين.

أحد الطرفين، واحداً كان العصبة أو جماعة. عبد الملك: ثم يقتسم العصبة في ما بينهم إن شاؤوا وإن خرج العصبة أولاً في أحد الطرفين فلها البقية دون سهم. ابن حبيب: لأن العصبة كأهل سهم واحد فيكتب أمر العصبة في بطاقة والزوجة في أخرى. وأما إن كان معها مثلاً الأم والإبنة وغيرهما فههنا يقرع بينهم فحيث يخرج اسم الزوجة أخذت. فإن شاحّ الشركاء أو الورثة إذا ضرب على أحد الطرفين لم ينظر إلى ذلك وضرب القاسم على أي الطرفين شاء. لأنه إذا ضرب على أحد الطرفين فقد ضرب لهما جميعاً. وروى عيسى عن ابن القاسم: أنه مبهم أبداً عند التشاحح في الطرفين حتى يتم القسم [231 أ] والأول أولى.

قلت: رواية عيسى هو مذهب المدونة.

وعن يحيى بن عمر: من اشترى نصف نصيب وارث وهنأه الشريك الشفعة فقسموا فأراد المشتري أن يُضرَب لهم سهم حتى يحيط بنصيب الوارث كله وذلك كالإخوة للأمّ والنسوة إنما يضرب لهم بسهمهم.

ابن حبيب عن ابن القاسم: تجوز شهادة القاسم الواحد في ما قسم إذا كان القاضي نصبه لذلك وبعثه في ما نقل إليه، وأما عند غيره فلا يجوز لا وحده ولا مع غيره. ومن أجازه احتج بحديث: «اغْدُ يا نبيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها».

قلت: في أقضيتها لا تجوز شهادة القسام على ما قسموا.

واحفظ أن في أحكام ابن سهل: إن أخذوا جعلاً فلا يجوز وإلا جازت. وأخذ منها بعضهم عدم جواز شهادة الشهود إذا كانوا بأجر، وفيه نظر لأن شهادة القسام على ما قسموا عدم جوازها لأنه فعل أنفسهم وسواء أخذ أجراً أم لا بخلاف الشهود. وقيل: إن أخذهم الأجرة جائزة إذا نصبوا أنفسهم وتركوا أسبابهم لأجلها حكاه المازري في شرح التلقين. ابن حبيب: التنزه عن الأجرة أفضل للقسّام. ابن عبد الغفور: أخذت درهمين على وثيقة لطيفة فرأيت في النوم ثلاث مرات بعد أن سألت الله أن يريني ذلك ما يقتضي أن التنزه عنها أفضل.

وتقدمت أقسام الأجرة وما فيها من الإباحة والحرمة والكراهة، وعن سحنون: هي على من كتب له من طالب أو مطلوب على السواء في قليل النصيب وكثيره للتوثق لجميعهم. حمديس: ومثله لو وضع القاضي مالاً لقوم على يدي رجل كانت الأجرة على الموضوع على يديه المال وعليهم.

قلت: هو فيها من قوله: وأكْرَهُ لقسَّام القاضي والمقسم أن يأخذوا على القسم أجراً لأنهم إنما يعرض لهم من أموال اليتامى والناس. كما أكره ارتزاق صاحب السوق من أموال الناس، وإن كان ارتزاق القسام من بيت المال جاز. ولا بأس أن يستأجر أهل مورث أو مقسم قاسماً برضاهم وأجر القاسم على جميعهم ممن طلب القسم أو أباه، وكذا أجر كاتب الوثيقة. قاله مالك في قوم أرادوا أخذ مال لهم عند رجل فيستأجرون من يكتب بينهم كتاباً يتوثق لهم فأجره عليه وعليهم.

الغرناطي: والآية تدل على أن الأجرة على ربّ الدين والغريم وهي إحدى المسائل التي الأجرة فيها على السواء: أجرة القسام وكاتب الوثيقة والدية وكنس المراحيض المشتركة والزبل والبئر والسواني والدلالين وحارز الزرع والكروم والمقاثي وأعدال المتاع وبيوت الطعام وقسمة الشركاء في الاصطياد بخلاف الشفعة والغلل والفطرة والمزارعة وربح الشركاء وعتق الشقصين في عبد، وتقدم لابن الحاج قسمة الأرض وإبقاء البئر أو قسمة بحائط.

وفيه: سئل اللخمي عن سانية تسقى من بئر فيها فكيف تقسم على جماعة شركاء والبئر واحدة، فهل تقسم الأرض بينهم وتبقى البئر شائعة بينهم على قدر أنصبائهم فإذا كانوا أربعة استقى كل واحد يوماً من أربعة أيام أو تباع على جميعهم ولا تقسم على ما ذكر؟ وفي الجنة تسقي من الوادي أو النهر وأشجارها متبدده أو بعضها أكثر شجراً من بعض أو بعضها مغروس وبعضها غير مغروس، هل تعدل القيمة ذلك كله من قلة الأرض مع كثرة الشجر أو العكس؟ وربما لم يكن فيها شجر، وهل يجبرون على قسمتها بالقرعة أو القيمة أم لا؟.

فأجاب: تقسم أراضي الثانية وتبقى [231 ب] البئر حياة لجميع الأرض

وليس لأحد أن يستبد بها دون الآخرين لأنه يؤدي إلى تعطيل منافع الأرض التي تبقى من غير بئر، وإذا لم يقدر على قسمة الجنان إلا على الصفة التي ذكرت قسمت عليه وكان جائزاً. وأما إذا قدر على قسمة الجيد على حدة والرديء على حدة فعل ذلك ولا أظن تتفق قسمته إلا على ما ذكرت. ومسألة وصاياها الثاني تدل عليه في من أوصى بمبذر أمداً فقسمت فصار لو أخذ مبذر خمسة أمداً وللآخر أربعة أمداً لجازه لما كانت الأرض واحدة لا يقدر على قسمتها إلا كذلك يجمع كريم مع رديء ولو كانت أراضي لم تجمع.

وسئل الصائغ عن سانية بين شريكين أو شركاء يريدون قسمتها بينهم وفيها بئر واحدة فهل يعطى كل واحد منهم نصيبه بالقرعة والقيمة وتترك البئر والجابية، وهو مجتمع الماء والموضع الذي تدور فيه الدابة، مشتركاً بينهم ويسقي هذا يوماً أو يومين وكذا شريكه إن كانا اثنين وإن كانوا ثلاثة قسم أثلاثاً وتبقى البئر بينهم كذلك على الإشاعة أو تباع عليهم ولا تقسم لأجل عدم قسمة البئر؟.

فأجاب: إذا كانت القسمة على التراضي فيجوز على ما تراضوا عليه ويصححه الشرع، وإما بالجبر وليس فيه كبير ضرر جبروا على القسم وتبقى البئر مشاعة بينهم والقسمة يغلب فيها أشد الضررين فإن كانت القسمة أضر من خروج الملك غلب خروج الملك والعكس على العكس. فمن دعا إلى أخف الضررين فالقول قوله.

وسئل أيضاً عمن قسما داراً وأخذ أحدهما ثلثيها وأخذ الآخر ثلثها فجعلوا من يسكن معه في الثلث ممن لا يشفعه في المجاورة والمساكنة، فأراد أصحاب القسم الآخر منعهم إلا من يشبههم في السكنى لا النبراوي(1) والشاطرين والسوقة.

فأجاب: إذا أسكنوا معه من لا يؤذيه ويضره فليس له كلام، وليس الفقر وكونه ممن يستأجر نفسه أذى لجاره.

---

(1) كذا وردت الكلمة في أ، وفي ب: البداوي.

وسئل المازري عن دار رجلين لأحدهما العلو وللآخر السفلي ولهما سقف فيه باب العلو وباب السفلي ولها باب وفي السقيفة ماجل مشترك بينهما ولكل واحد حيث يحول إليه بابه.

فأجاب: اضطرب المذهب في الانتفاع التي تبقى على الإشاعة بعد القسمة إذا دعا أحد الشريكين إلى قسمتها والتبايع فيها. والذي أراه بعث القاضي لذلك من ينظر فيه من العرفاء حتى يخبره بقدر الضرر اللاحق من تكلف تحويل الممر إلى غير ما هو عليه الآن هل هو خفيف أو ثقيل، وقدر ما يزاح من الضرر عن الداعي إلى التحويل حتى يوازن بين الضررين. فهذا هو الأصح عندي في ما قيل في ذلك إذا لم يُعرف أصل الاشتراك في الممر على أي صفة وقع، ولو عُلم كيف وقع أصل القسمة على إقراره فإن ذلك مما يرجع إليه ويستعان به على معرفة الصواب.

وسئل السيوري عن ماء جار يمين واد وحملته ستة وثلاثون يوماً إلى مثلها في كل يوم وليلة مائتان وأربعون قادوساً لهذا عشرة قواديس ولغيره أربعون ولغيره سبعون ولهذا ثلاثمائة ولهذا ألف إلى غير ذلك من العدد، وليس لأحد منهم وقت معين في يوم ولا ليلة وبعضه ملك قوم لا يعرفون وشيء في يد السلطان ولا يدرى هل ملكه بحق أو بغصب والغالب عليهم الغصب، فهل يسوغ للمرء ملك ما في يديه من هذا الماء وملك ما يشتريه من أربابه بثمنه ويسقي وينتفع به على كل حال ولا تضره مشاركة من ذكرناه وهو لا يقدر على أكثر من ذلك؟.

فأجاب: أما أمر الماء ففيه نكد كثير، وذلك أن القسمة لا تقع إلا ممن تصح منه القسمة فيصح له أن يأخذ من الماء هو وشريكه يريد وهو مجهول في ما يحصل له بالقيمة يتقدر، والله أعلم.

وسئل بعض [232 أ] المتأخرين عن نهر مشاع بين قوم مات بعضهم وغاب آخرون وبقي بعضهم في موضعه وفيه مياه مغصوبة وغالب الزمان لا قيمة له وماؤه يتبدل، فهل يجوز شربه واستعماله؟.

فأجاب: أما وقت ابتذاله ولا قيمة له فيجوز شربه واستعماله وأما عند القيمة وتشاحح الناس فيه فلا يجوز استعماله.

وسئل اللخمي عمن أوصى أن يخرج من ثلثه بعد موته مائة ويبة شعير وخمسون ويبة قمحاً وستون ويبة تمر وخمسون قلة زيت في ثلاث سنين فعمد بنوه لرباع الغابة وقسموها ولم يخرجوا إليها ولم يدخل بينهم أحد، ثم إن أراد أحدهم نقض القسمة فقال له أخوه: نعمل لك ما تشتهي، فقال له: أشتهي النصيب الذي في يديك، فقال له: ما أردت أن أعاوضك، فطلب يمينه إنه ما قال ذلك الكلام، فأبى فحلف الآخر أنه قاله، فقال له: إنما أردت بذلك رضاك، فتخاصما إلى القاضي فقال له: قسمتكم لا تجوز لأجل الوصية، فقال من أراد إتمامها: القمح والشعير في الدار وإنما تراخى بخروجه لإرادته الفسخ وفي ربع المدينة والماء ما فيه كفاف الوصية مراراً، فجمعوا بيّنة في الدار وأخرجوا القمح والشعير للتفرقة وقسموا ربع المدينة وأبقوا الماء الذي تسقي به الرباع لأجل بقية[1]. . . وفيه كفافها وزيادة، فهل هذا الفعل جائز أم لا؟ وفي الوصية أربعون ديناراً المحجورة معينة، وخمسة وعشرون قادوساً وأرض معينة لأحد الأولاد فواحد سلم لأخيه والآخر لم يسلم.

فأجاب: ليس في قول الأخ: لك ما تشتهي، أنه جعل لأخيه أخذ نصيبه وإنما فيه أنه أوجب تتمة القسمة وإن أحب نقضها نقضها ورجع للقسمة ثانية وهو غرر لا يجوز، وأما قسمة ربع الحاضرة فجائز إذا ضمنا في ذمتهما ما أوصى به الميت من القمح والشعير والزيت وهم مأمونون بقدر ذلك، وكذا لو أوقفا ما يفي له به في الغالب وليس الحكم في ما وصى به الميت أن يخرج ناجزاً مثل الحكم في ما وصى به أن يخرج لأجل، ولا يلزم الوارث إيقاف جميع التركة لأجل الوصية حتى تنقضي المدة ولا هو قصد للميت. وكذا الثمرة أذا أوقف من النخل ما يوفي في كل عام بعشرين ويبة في الغالب وإن كان قد يخطىء عنه قلة الإصابة واقتسما ما بقي جاز ذلك وإن لم يوقفا ذلك نقض ما بيد كل واحد بقدر ما يكون موقوفاً للوصية.

---

(1) كلمة سقطت بالأصلين.

وفي جواب: إن قسمته رباع الحاضرة جائزة إذا أوقفوا من الرباع ما يؤمن أنه يوفي بما يوصي به مما لا تخرج منه الغلة، فإن ضمنه الورثة وكانوا مأمومنين جاز أيضاً.

والجواب: عن الثمن والزيت إذا أوصى به أن يخرج من الغلة أن يوقف من الحوائط ما يوفي بذلك في الأغلب، وإن لم يكونوا فعلوا أنقِص من القسمة بقدر ما يوفي بذلك. وأقول الآن: إنه إذا لم يشهد على ذلك إلا بشاهد واحد ولم يصدقه الورثة أن الوصية به معلقة بعين الرباع عاد حكم التمر والزيت حكم ما تقدم مما سواه. وإن رضي الورثة أن يعجلوا إنفاذ ذلك للفقراء والمساكين جاز ذلك إذا كان قصد الميت بإنفاذ الوصية في ثلاث سنين رفق ورثته ولئلا يشق عليهم إنفاذ ذلك جملة. وإن كان قصده ارتفاق ارتفقوا بها سنة بعد سنة لم يجز تعجيلها الآن. وإذا اختلفت الورثة في التعجيل كان القول قول من دعا إلى التأخير حسبما وصى به الميت. ووصية الميت أن يكون القمح والشعير مما يحرث في الأرض لا يصح وليس عليهم أن يزرعوا له وإذا لم يؤخر لذلك اشتري ذلك من تركة الميت.

وسئل أيضاً عن [232 ب] الثمرة في رؤوس النخل بين الشركاء وبلدنا لا ييبس فيها التمر في رؤوس النخل لكن بعد الجذاذ وإقامته في الدور شهرين ونحوهما من الزيادة والنقضان ويوجد بسراً بكل حال فيريد الشركاء قسمتها في رؤوس النخل أو بعد الجذاذ في عراجينها بسراً بالخرص فهل يجوز؟ هذا وقد وجدت ذلك عنه بخط عبد المنعم الكندي في الزكاة فهل يجوز مثله في القسمة؟ لأنه إذا فرك من عراجينه بسراً قبل التمام للقسمة يخاف عليه الفساد وإذا جازت القسمة بالخرص فهل فيها قرعة مع التحري في الخرص أم لا؟ وهم يستعملون القرعة فيها ولا أدري هل هو بأرائهم أو بحق؟.

فأجاب: قسمة البسر الذي وصفته جائزة وهي ضرورة لأنه متى نشر وقسم على الكيل فسد وإن مسكه حتى يطيب في عراجينه لم يأمن أحدهما الآخر ولا تطيب نفسه أن يغيب نصيبه عنه والقسمة في ذلك بالقرعة والتراضي جائزة.

قلت: هل هذه ضرورة تبيح القسم في رؤوس النخل بالخرص لاختلاف الحاجة بالأكل والتيبيس والبيع.

وفي المدونة: وأما ثمر النخل والعنب فإنه إذا طاب وحل بيعه واحتاجوا إلى قسمته فإن كانت حاجتهم إليه واحدة مثل أن يريدوا كلهم أكله أو بيعه رطباً فلا يقسم بالخرص ولكن كيلا، فإن اختلفت حاجتهم فأراد بعضهم بيعه والآخر أكله رطباً وآخر قسمته قسم بينهم بالخرص إن وجدوا من يعرف الخرص وعلى كل واحد سقي نخله. وإن كان ثمرها لغيره إذا كانوا قد اقتسموا الأصل قبل الثمرة لأن على صاحب الأصل سقيه إذا باع ثمرته، وإن لم يطب ثمر النخل والعنب فلا يقسم بالخرص ولكن يحدونه ويقتسمونه كيلا.

قال ابن القاسم: ولا يقسم البقل القائم بالخرص وليقسما ثمنه، ولا يقسم شيء مما في رؤوس الشجر من الفواكه والثمار بالخرص. وإن اختلفت فيه الحاجة إلا في النخل والعنب إذا حل بيعها واختلفت حاجة أهله كما ذكرنا، لأن أمر الناس إنما مضى على الخرص فيهما خاصة. وسألت مالكاً عما روي من أجازته في غيرها فأنكره. وفي المجموعة والعتبية من رواية أشهب: لا بأس به في العنب والنخل والتين وغير ذلك. ابن رشد: هي رواية من قوله وبلغني وهو أظهر وأصح من قوله في المدونة لأنه إذا جاز الخرص والتحري في ما يحرم التفاضل فيه لاختلاف حاجتهم إليه فأحرى أن يجوز في ما يجوز فيه التفاضل.

قلت: إنما قصره عليها للعمل وهو أصل من أصول مذهبه وإن خالف القياس لأجل أنها رخصة فلا يعدى بها بابها.

ابن رشد: وقوله إذا طاب خلاف ما قال بإجازته في البلح الكبير وسحنون يمنعه فيه. وقوله: إذا اختلفت حاجتهم إلى آخره، قال: أراد أحدهم بيعاً والآخر أكلاً فقال الباجي: أجازه ابن القاسم في البلح الكبير ومنعه سحنون ولم يره اختلاف حاجة لأن الذي يجذ ويتركه يبطل القسمة فقد اجتمعا على الجذ، وفيه نظر لأن الجذ يختلف وقته فيهما ولو كان على الجذ ما قسم إلا كيلا ولذا منع ابن عبدوس قسمته إن أثمر وفيها جواز قسم البلح الكبير لاختلاف

حاجتهم وهو كالبسر في حرمة التفاضل ومن عرف حظه فهو قبض له وإن جذه بعد ثلاثة أيام وأكثر جاز ما لم يتركه حتى يزهي فتبطل قسمته. وفي كراهية الخرص في الكبير رواية الباجي وظاهرها: ولو كان لهما بسر ورطب لم يجز أن يأخذ أحدهما البسر والآخر الرطب وليقتسما كلاً منهما على انفراده، قاله أشهب في المجموعة. الباجي: وشرط تساوي [233 أ] الكيل وإن كان قبض ذلك أفضل كالصيحاني والعجوة والعنب الأحمر والأسود ويجمع على التساوي. فإن أبى أحدهم قسم كل نوع وحده قال مالك: إلا أن تخفى المناواة. وعندي أن هذه القسمة لا تجوز إلا بالقرعة وهو ظاهر قول أصحابنا لأنها تمييز حق والمراضاة بيع محض فلا تجوز إلا بقبض ناجز.

قلت: هذا خلاف ما تقدم من جواب اللخمي أنها بكل منهما جائزة، وهو اختيار أن القرعة بيع. واختار إن أراد أحدهما ترك نصيبه لليبس والآخر للبيع أن لا يقسم لأن المشتري يبقي حظه لذلك وإطلاق البيع يقتضي البقاء لليبس، وإن أراد أحدهم إبقاء حظه والآخر الجذ للأكل قسم عدل ما أحب جذاذه.

وكذا إذا أحب أحدهما الجذاذ والآخر البيع اقتسما قدر ما أحب جذه وكان من أراد الجذ بالخيار بين أن يقاسم شريكه الأول أو يؤخره ليقاسم المشتري. وإن وجد البسر عراجين فإن لم يفسد إن شُدّ لم يقسم بالخرص وإلا قسم وإن اختلفت الحاجة.

قلت: هذا نحو ما اختاره في الجواب. وتقدم أن السقي على صاحب الأصل، وحكى اللخمي عن سحنون أن السقي على من له الثمرة لأن القسمة ليست ببيع.

وفيها: إن قسم الرطب بالخرص وتركاه أو أحدهما حتى أثمر لم يبطل قسمه، وإن قسما صغير البلح وتركاه حتى كبر فإن قسماه على تفاضل أو تساو وهو إذا كبر تفاضل انتقض قسمه وإلا فلا إلا أن يزهي كله أو بعضه فينتقض فيه. انظر بقية كلامه وقسمة البلح الصغير والضرع. وفي ما ذكرناه كفاية.

وسئل أبو عمران: هل تقسم الأندر؟

فقال: تجري على الاختلاف في الشفعة فمن رآها يرى قسمته ومن لم يرها لم ير قسمته إذ لا يعارض هذا من نفقته.

ابن عات عن ابن لبابة: إذا كان بين أشراك سد فاحتاج إلى مرمّة وأرادوا قسمه ليرم كل واحد نصيبه لم يجز إلا أن يكون العمل معتدلاً فإن كان كذلك وعملوا ثم يخرب عمل أحدهم لم يكن عليه شيء، قال غيره: وكان عمله على جميعهم.

قلت: ومثله اليوم ما يقع في قسمة سواقي الأبقال بتونس بين أهل المساقاة فيجوز إذا كان معتدلاً ويمنع إذا اختلف فإن جاء ماحلاً بعض أوليك المساقاة[1] فترجع على جميعهم. ومثله ما يقع ببلاد القيروان في سد الأودية لقصد السبل ويكون تحته بلاد تشرب منه فيقتسمونه مفازاة على عدد البلاد التي تحته فتجري على هذا.

ابن عات عن أحمد بن نصر: إذا كانت الرحى بين أشراك فأراد بعضهم أن يحبس على حظه وأبى سائرهم ودعوا أن يجعلوا ماسكاً أو يقبلوها أن من دعا إلى القبالة أو الماسك لزم سائرهم فإذا أبوا ولم يتفقوا بِيعَ عليهم أو قبل عليهم. وفي كتاب القسمة منه: وإذا تشاحّ الأشراك في الرحى فالأحسن أن يقبلوها من رجل ويقسمون الغلة فإن تشاحوا وأراد بعضهم أن يجلس على نصيبه وبعضهم يقبل نصيبه فذلك له إذا لم يضر في غلة القبالة بأشراكه. قال غيره: لا بد لها من المقاومة بينهم أو قبالتها.

ابن القاسم: من أراد من أهل السهام بيع نصيبه أو قبالته فلا بد من النداء لأنه مما لا ينقسم. وعن سحنون: لا تباع الرحى ولا تقبل إلا بإذن شريكه. ابن لبابة: هذا صار وقفاً على ذلك. ابن الحاج: وإذا لم يقسم إلا بضرر في الثمن لا في الأصل. وكان أبو الحسن بن حمدين على قول مالك وابن القاسم وبه حكم ابنه وهو الظاهر لأنه لو روعي ذلك لأدى إلى أن لا يقسم شيء أبداً. وكان

(1) كذا وردت الجملة بالأصلين.

محمد بن فرج يقول: لا يقسم على أصل ابن القاسم لأنه ضرر والضرر في الثمن كالضرر في الأصل.

قلت: تقدمت الإشارة إليه من قول عياض.

ابن عات: من حفر في أرضه بئراً للناس، قال غيره: أو في فناء بينهم [232 ب] يستقون منها ثم أراد أن يحظر عليها مُنع من ذلك.

قلت: تقدم أنه إن ملكها وحظر عليها زماناً ثم أباحها دهراً ثم أراد التحظير فله ذلك. وتقدم لها نظائر في مسائل الطرق. وإنما منع هنا من التحظير لأن أصلها على الإباحة فهو كمن بنى المسجد وأباحه ثم أراد تحجيره فليس ذلك له بخلاف لو سبق الملك. وانظر لو كان أصلها محظراً ثم صارت عرصة وصار فيها طريق ثم اشتراها رجل وسوّغها وشهد عليه بذلك ثم أراد المنع.

فوقعت بالمهدية وأفتى فيها شيخنا بأنه ليس له أن يحظر عليها وهو ظاهر لأن تسويته بشبهه حبس بخلاف ما لو وقعت الإباحة المطلقة بالسكوت عنها، وإن كان ظاهر كلامه في فتواه تقتضي التسوية لكن الصواب ما ذكرت لك وبه وقع الحكم.

مسائل الشفعة

الغرناطي: يسمى في رسم الشفعة: الشفيع والمستشفع منه والبائع والحصة المبيعة والملك وتحديده وأنه على الإشاعة وذكر الثمن الذي بيع به وقبضه أو تأجيله وعلم الشفيع بذلك ودفع الثمن أو لزومه منزلته في التأجيل وقيامه في المدة الموجبة للشفعة والمعرفة بقدر ذلك كله وعقد الإشهاد عليها وتضمين إشهاد البائع بصحة البيع والثمن لئلا ينكره فلا تصح شفعته.

أبو عمران: الأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟﴾[1] أو قوله تعالى: ﴿وَإِن تُطِيعُوهُ تَهْتَدُوا۟﴾[2]. وقد ثبت عن النبي ﷺ إيجاب الشفعة.

واختلف هل ذلك للشريك أو للجار فكانت للشريك أثبت، وما زاد على ذلك ففيه الخلاف. واحتج ابن شعبان على أن لا شفعة للجار بأن ذلك لا ينحصر لأنه يؤدي إلى أن تكون الشفعة من جميع أهل المدينة لأن هذا لصيق والجار لصيق وكل حد لرجل متصل بآخر. قال تعالى في المنافقين: ﴿لَا يُجَاوِرُونَكَ فِيهَآ إِلَّا قَلِيلًا * مَّلْعُونِينَ﴾[3] سمّاهم جيراناً لكونهم بالمدينة، وهذا لا يقوله المخالف فبطلت حجته. وحجة الأول قوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة في كل شرك من أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه» أخرجه في الصحيح.

---

(1) سورة الحشر، الآية: 7.

(2) سورة النور، الآية: 54.

(3) سورة الأحزاب، الآية: 60 ـ 61.

وفي الترمذي عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بالشفعة ينتظر به إن كان غائباً إذا كان طريقهما واحدة» وفيه عن جابر: «اشتريت أرضاً إلى جنب أرض رجل فقال: أنا أحق بها فاختصما إلى رسول الله ﷺ فقلت له: يا رسول الله ليس في أرضي طريق ولا حق، فقال: هو أحق بها» فقضي بالجوار. وهذا قد تكلم في سنده ولكنه دليل المخالف. وفيه من الأحاديث غير هذا، وما ذكرناه فيه كفاية.

الغرناطي: الشفعة تثبت بسبعة شروط وهي: أن يكون الملك عقاراً، أو ما يتوصل به من بناء اؤتمن ونحو ذلك، وأن تمكن قسمته من غير ضرر، ويكون انتقال رقبة بعوض فيه، وأن لا يقع فيه تفويت بعلم الشفيع وحضوره، وأن يكون قيامه قبل أن تتم أربعة عشر شهراً من وقت البيع، ولا يكون منه في هذه المدة تصريح بالترك أو مقاسمة أو اكتراء أو مساقاة.

ابن عبد الغفور: حكى بعض المتأخرين وبعض أصحابنا قال: إذا قام الشفيع الغائب أو الحاضر بالشفعة وأكذبه المبتاع ولم يعطه ذلك ورفع أمره إلى السلطان فيقول: إن لي دار كذا موضع كذا وكذا ويحدها من نواحيها وإن فلاناً ابن فلان كان له منها جزء فباعه مشاعاً منذ كذا وكذا من فلان ابن فلان وقمت عليه مستشفعاً فيه فأبى، فينبغي عند ذلك [234 أ] للسلطان أن يحضر البائع والمبتاع ويوقف البائع أولاً على المبيع فإن أقرّ به وقف المبتاع ليقرّ بالإشاعة التي ذكرها الشفيع، فإن أقر بذلك أو أقر بحدود الدار والملك أنفذ الحكم، فإن ثبت ملك البائع كان أتمّ للنظر وكان للحاكم أن يحكم بالشفعة ولا ينفذها عليه للقائم هكذا لعلمهما قد اتفقا على ذلك فيخرجان الملك من يد الغائب. وإن أنكر البائع الإشاعة والبيع لكن القائم أثبت البيع والإشاعة والتحديد حكم بعد الإعذار للمبتاع إذا ثبت ذلك إن شاء بعد إثباته الملك. وكذلك إن أنكر المبتاع الشركة كلف القائم إثبات الإشاعة.

وقيل: إن على المبتاع إثبات البينة أنه اشترى مقسوماً، وهو كلام جيد وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في العتبية.

وإن أذن البائع بالبيع والإشاعة وقضي له بذلك بعد الإعذار في الوثائق ويثبت أيضاً عنده غيبته فيقضي له بالشفعة.

ابن عات: لعل البائع يذهب إلى توليج الجميع إلى رجل فيقرّ له بالشركة ولا يمكن المبتاع أن ينكر ابتياعه مشاعاً. فمعنى هذا الكلام ـ والله أعلم ـ إن ثبت الملك للبائع وللآخر الذي يقام عليه بالشفعة. وفي الوثائق: يوقفه القاضي على ما ذكره القائم.

ابن عات: لو قال المبتاع لا يلزمني الجواب لأني لو أقررت ما وجب للشفيع شفعته حتى يفرّ البائع مني، فقال ابن لبابة وأصحابه: يلزمه الجواب عما يسأل عنه. وقال: لو اجتمع البائع والمشتري للزم كشفهما مجتمعين فإذا ألزمهما مجتمعين لزمهما مفتقرين.

وفيها: لا بد من إقرار المبتاع باشتراك البائع والشفيع ولا بد من ثبوت ذلك.

وفي أواخر الشفعة منها: تجوز شهادة النساء أن المبتاع أقرّ أن فلاناً شفع هذه الدار. وكذلك قوله: إن ادعيت سدس دار بيد رجل فأنكره فصالحك منه على شقص من دار أخرى فالشفعة في الشقص الذي لا دعوى فيه بقيمة المدعى فيه، لأن قائضه مقر أنه اشتراه ودفع إليه السدس المدعى فيه لأن قائضه يقول: إنما أخذ لي حقي وافتديته بما دفعت فيه ولم اشتره.

ابن سهل: إذا أنكر البائع والمبتاع التبائع يحلف البائع إنه ما باع حصته ويجب القسم وتسقط دعوى الشفعة وإن نكل لم تجب الشفعة حتى يحلف المبتاع إنه لم يشتر وتسقط الشفعة أيضاً. وإن نكل المبتاع مع البائع حلف الشفيع ووجبت الشفعة، وإن نكل سقطت الشفعة، قاله ابن لبابة.

وعن أبي صالح: لا يمين على بائع ولا مبتاع لأن البائع والمبتاع قد تناكرا فهو أبعد في إيجاب اليمين وهو الصواب لأن الشفعة لا تجب إلا بإثبات البيع ولا بيع.

وفيها: لو ادعى البائع البيع وأنكره المشتري فتحالفا وتفاسخا فليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة بإقرار البائع. فمهومه لو لم يحلفا وتفاسخا فيكون أحرى في عدم الشفعة لأنها إذا لم تثبت بأنكار أحدهما فأحرى أن لا تثبت بإنكارهما معاً.

قال شيخنا: نزلت مسألة عام خمسين وسبعمائة (750 هـ/ 1349 م): شفيع أخذ بشفعته في دار يملك باقيها بشهادة عدلين دون أن يقر المشتري ويشهد عليه، ثم باع الشفيع جميع الدار فقام المشتري يخاصم فيها شفيعها دون إشهاد الشفيع عليه بالأخذ ولم يأت بشيء يقدح في الشفعة غير ما ذكر، فوقف القاضي في إمضاء البيع وفسخه وشاور المتيطي فلم يذكر غير كلام ابن الحاجب وكلام ابن رشد عليها وكنت شاهداً في البيع عاطفاً على السكوني لثقتي بفقهه، فغضب القاضي فاحتججت عليه بما في الخيار إذا اختار من له الخيار من المتبايعين وصاحبه غائب وأشهد على ذلك جاز، والشفيع بمنزلة من له الخيار **[234 ب]**.

وفي الشفعة لا يجوز بيع الشفيع الشقص قبل أخذه بالشفعة فمفهومه أنه يجوز بعد أخذه. ومفهومات المدونة يعمل عليها عند كثير من الشيوخ وإن حكى ابن بشير في ذلك خلافاً.

قلت: ظاهر ما نقلناه مما تقدم.

ومن كلام ابن عات: إذا قال أخذت بالشفعة من غير توقيف لم يكن له ذلك إلا بحكم القاضي فإنه لا يصح له هذا البيع. وما احتج به من مسألة الخيار يحتمل أن تكون غيبة بعيدة أو قريبة ولا يؤخذ منه لأن البائع جعل له الخيار بخلاف هذا لأنه حكم شرعي أوجبته له السنة فلا يكون إلا بحكم. وجواب مفهوم مسألة الشفعة أن يكون معناه بعد أخذه بالشفعة بالحكم لا من نفسه. والصواب عندي أنها تجري على بيع ذي الخيار قبل ظهور أخذه هل هو اختيار أم لا؟ والأول لابن القاسم والثاني لرواية علي فيها فقولان معاً. وذكر شيخنا المذكور في هذه المسألة أنهم انفصلوا فيها على صلح بعد طول ومرافعات.

ابن عات عن المشاور: إن اختلفا في قلة الثمن وكثرته فقال المشتري بمائة وقال الشفيع بستين فالقول قول المبتاع مع يمينه في ما يشبه.

قلت: زاد في المدونة لأنه مدعى عليه يعني ترجيح جنبه لكونه حائزاً للشقص، قال: إلا أن يأتي بأمر لا يشبه مما لا يتغابن الناس بمثله فلا يصدق إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار اللصيقة بداره فيثمنه فالقول قوله إذا أتى بما يشبه. ثم ذكر إقامة البينة انظرها فيها. ابن عات: فإن قال: لا أحلف إلا أن يلتزم الشفعة فذلك له ومتى حلف لزمه الأخذ على ما أحب أو كره وهذا خلاف لقول غيره، وبه قال الأبهري.

قلت: مثله إذا وجب الحق بعد يمين الطالب فطلب حضوره ليحلف عليه وقال الآخر حتى يحلف فقد تقدم فيها كلام العطار وغيره.

وفيه: إن اختلفا في مدة الابتياع فقال الشفيع وقع منذ شهرين وقال المشتري منذ عامين ولم تقم لواحد منهما بينة، فلابن فتحون: القول قول الشفيع مع يمينه لأن الشفعة قد وجبت له بالبيع والمبتاع يدعي تاريخاً يسقط به ما وجب للشفيع.

قلت: يحتمل أن يكون كمسألة إذا اختلف في قدر الأجل في البيع بعد أن اتفقا عليه فالقول قول مدعي عدم الحلول أو كالاختلاف في مدة الكراء أو في انقطاع ماء الرحى أو انهدام الدار، فإن اتفقا في أول السنة وآخرها صدق رب الرحى إلى آخر المسألة.

ابن عات: لو قال المشتري للبكر أو للمحتلم أو للغائب: قد انقضت الشفعة في وقت رجوعك وبلوغك وابتناء زوجك بك فأنكر فالقول قولهم إلا أن يقيم المشتري البينة على قوله، والقول قول المرأة والغائب. والشفعة للصغير والبكر بعد زوال المانع عن كل واحد أنهم لا علم عندهم.

ابن الحاج: في سماع عيسى في رسم العتق: إذا ادعى المشتري أنه اشترى مقسوماً وقال الشفيع بل مشاعاً، فالقول قول الشفيع. وكذا لو ادعى

المشتري أن القسمة بت وقال الشفيع استغلال فالقول قوله أيضاً وعلى الآخر البينة.

وسئل ابن رشد عن أشراك في أملاك على الإشاعة باع أحدهم حظه منها من بعض شركائه فيها مع حظه من أملاك غيرها شركة بينه وبين المشتري وبعض الشركاء في الأملاك الأولى الشفعة على المشتري والتساوي معه على قدر موافقتهما، فقال: غيرك أولى منك بالشفعة فليس لك شفعة حتى توقف الأولين على الأخذ أو الترك، فهل يمنعه الشفعة حتى يوقف الأولين أم لا؟ وإذا أوقفهم فهل يعجّل لهم ذلك إما أخذ أو ترك[1] أو يوقفه إلى آخر انقطاع أمد الشفعة؟ وإذا أوقف فقال: أشفع، فهل يؤجله ثلاثة أيام إما شفع أو تركها لهذا الآخر؟ وهل إن غفل هذا الأبعد إلى آخر أمد [235 أ] الشفعة وغفل الأول أيضاً فهل تنقطع شفعتهما معاً أو يكون الأبعد؟ فقال لقوله كان أمامي من هو أولى مني فسكت فلما تم أمره طلبت فهل يعذر بهذا أم لا؟ وهل يكون إن وجبت الشفعة للشريك في الأملاك المذكورة أم لا؟ عن المشتري بأي وجه له هل يقوّم الأملاك على الطالب للشفعة والمشتري جميعاً أو على أحدهما؟.

فأجاب: بأن وجه الحكم في هذا أن بعض الثمن على حصته من الأملاك الأول والآخر فما ناب كل حصته من الثمن فكأن البيع وقع به، فإن كان بعض الشفعاء في الأملاك الأول والآخر أحق بها من بقيتهم كما ذكرت مثل كونهم أهل سهم واحد ووراثة واحدة دون بقيتهم فليس للأبعد حتى يوقف الأقرب على الأخذ أو الترك فإن ترك أخذ الأبعد. قال فإن قال: أنا آخذ، تلوم له في دفع الثمن الثلاثة الأيام فما دونها وإن لم يأت سقطت شفعته وأخذ بها الأبعد.

واختلف إذا أوقف للأخذ والترك فطلب التربص ليرى رأيه الثلاثة الأيام فما دونها هل له ذلك أم لا؟ على قولين الأول لابن عبد الحكم والثاني

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

للمدونة، ولا خلاف أنه لا يؤخر لانقطاع الشفعة، وإن لم يقم أحد من الشفعاء حتى انقضى أمدها[1] على إطلاق فيها بطلت لجميعهم القريب والبعيد. ولا حجة لبعيد في ما ذكر من تقدمه الأقرب لسكوته عن القيام بشفعته إن كان الأقرب غائباً، أو يوقفه على الأخذ والترك إن كان حاضراً ليسقط حقه فيها.

ابن الحاج: مذهب المدونة يؤخر بالأخذ الثلاثة الأيام فما دونها. وعن أصبغ: يؤخر على قدر قلة المال وكثرته. ابن زرب: وهو خير وبه أخذ ابن لبابة. فإن قال: لا مال له إلا بيع هذه الدار ولا علم ذلك أجِّل في بيعها الشهرين فما دونهما، وهو جيد ورواه عيسى.

قلت: جرى العمل عندنا على مذهب المدونة.

ابن عات: عن بعض الموثقين: إن قال الشفيع أخذت بالشفعة من غير توقيف لم يكن له ذلك إلا بحكم القاضي إلا أن يسلم إليه المشتري فله ذلك، وكذا حكى ابن القاسم.

قلت: مثله ما يقع اليوم إذا سمع أن شريكه باع شقصه فيأتي إلى الشهود فيقول أخذت بالشفعة ويمضي على السكوت من غير توقيف مشتر فلا ينفعه ذلك حتى يشهره ويظهره للحاكم، وإن سكت حتى انقضى أمد الشفعة بطلت شفعته ووقعت وحكم فيها بهذا.

وأفتى ابن الحاج: إذا باع واحد من العصبة أو من ذوي السهام نصيبه من جماعة ثم باع واحد من المشترين نصيبه فعند أشهب لا يدخل واحد مع المشترين وهم كأهل سهم واحد يتشافعون بينهم. وعند ابن القاسم يدخل عليه جميع أهل العصبة وأهل السهام ممن يشركه في ذلك الربع إذا باع واحد من العصبة. ولو باع بعض أهل سهم واحد نصيبه من أجنبي مثل واحدة من الزوجات فسلم بقيتهن من العصبة وهم بنون ثلاثة فإذا باع واحد من الثلاثة البنين دخل معهم المشتري الأجنبي ويقوم مقام من باع له كما يسلمون له نصيبه.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

وفيه: في رجلين بينهما دار على الإشاعة فتوفي أحدهما فتقاوم الحصة ورثته فصارت لواحد منهم لا شفعة للشريك لأنهم لو باعوا إلا واحداً لأخذ أنصباءهم بلا شفعة.

قلت: هو مثل مسألة وقعت، وهو أن المشتري إذا كان أحق بالشفعة مثل ذوي السهام والعصبة أن الأقرب أحق ولا يكون للعصبة شيء. وكانت نزلت بأحد شيوخنا شيوخنا قال: الأمر فيها إلى قوله، وأخذت من قوله فيها: من ابتاع شقصاً هو شفيعه مع شفيع آخر تحاصا فيه بقدر حصتهما، فمفهومه لو كان أقرب لكان أحق كما تقدم في هاتين المسألتين [235 ب].

وسئل ابن رشد عن أهل سهم في أملاك شاركهم غيرهم فيها على الإشاعة فباع أهل السهام أنصباءهم من أجنبي إلا واحداً منهم فطلب المشتري في إسقاط حقه في الشفعة ففعل ذلك طيبة نفسه بذلك فقام الأبعدون يطلبون الشفعة، هل يسقط طلبهم بها لهبة الأقرب ذلك للمشتري أم لا؟ وقد ذهب بعض أصحابنا إلى إعمال الهبة وإسقاط الشفعة.

فأجاب: الذي أقول به هبة الأقرب للشفعة لا تسقط بقية الأشراك فيها إن شاؤوا الأخذ على مذهب مالك وأصحابه وهو منصوص في المدونة وغيرها وفي سماع يحيى عن ابن القاسم إذ لا يفرق أحد بين قول الشفيع قبلت الشفعة للمشتري أو تركتها أو أعطيتها أو وهبتها وذلك محال لأن الأحكام تختلف باختلاف المعاني لا الألفاظ.

وفي الواضحة عن أصبغ: هذه المسألة ما يمكن دخول الخلاف منه فيها وليس بصحيح، وقول أصبغ شاذ ضعيف معترض غير صحيح عند أهل النظر والتحصيل. وأجمع العلماء أن النبي ﷺ أوجب الشفعة للشركاء وقضى بها للضرر الداخل عليهم، فإذا باع بعض أهل السهم وأخذ من لم يبع منهم بالشفعة فقد ارتفع الضرر عن جميع الشركاء القريب والبعيد بإخراج الداخل عليهم. فإذا وهبها للداخل فلبقيتهم القيام بالشفعة لزوال الضرر عنهم الذي جعل لهم عليه الصلاة والسلام زواله عنهم. فإذا رضي الأقرب به لم يكن رضاه رضى لهم

وكان لهم القيام بزواله إن شاؤوا. وهذا مما لا إشكال فيه لمن نظره وتأمله. وليس استحقاق الشفعة بأمر مالي إذا وهبه لا مقال لغيره، ولو كان كذلك لساغ له هبتها لغير المشتري كما يهب الذي يكون على الرجل الآخر ويصح له بالإجماع. فلما أجمع أهل العلم على أنه لا تصح هبتها لأجنبي قد دل على ضعف قول أصبغ وإن حاصل المذهب أن للأقرب أن يأخذ أو يسلم فإن سلم فلبقية الأشراك الأخذ بها بعده.

وسئل أيضاً عن ملك مشاع بين أشراك فباع قوم من الأشراك ثلاثة أرباعه لأجنبي وبقي الربع لرجل وأختين فباع الرجل ما وجب له من الشفعة من المشتري بمال وقامت إحدى الأختين طالبة للشفعة فهل لها مقال في ما أخذه المبتاع بماله أم لا؟.

فأجاب: بأنه اختلف في جواز هبة الشفيع شفعته بعد البيع أو بيعه إياه، فعلى القول بجوازه ـ وهو مذهب أصبغ ـ فلا يكون للأجنبي في مسألتك إلا ما وجب لهما منها خاصة، وعلى عدم الجواز وهو مذهب المدونة والأظهر وأقول به: أن يرد الأخ على المبتاع ما أخذه منه لأجل هبتها لأنه بيع من البيوع وله أن يشفع إن شاء أو يسلم، فإن سلم فللأجنبي أخذ الجميع بالشفعة. ولا خلاف في عدم جواز بيع الشفيع شفعته من غير المبتاع ولا هبتها له.

قلت: هذه مسألة لها نظائر، منها مسألة المرأة إذا خالعت زوجها على أن أسقطت له كفالة ولده منها ولها أم فهل يسقط حق الأم وهو مفهوم ما في إرخاء الستور منها أو لا يسقط ذلك؟ وهو قول ابن وهب، حكاه ابن رشد وغيره. ومنها حق الولي الأقرب في عقد النكاح إذا زوجها الأجنبي وتعذر الأقرب لبينة أو نحوها هل ينقل الخيار للأبعد أو للسلطان؟ وهو مذهب المدونة والأول حكاه ابن سعدون. ومنها إذا جعل للإمام الخيار في ابنتها أو في من يدخل عليها إن نكح عليها فجعلته في يد غير ابنتها أو ردته لابنتها هل يمضي على زوجها أم لا؟ ومنها العدد [236 أ] في الرهن هل يوصى به لأحد أو لا؟ وكذلك وكيل الطلاق، إلى غير ذلك من المسائل.

وسئل عن مسألة من معنى ما تقدم وهي: من اشترى شقصاً وصالح أحد الشفعاء على مال أخذه وأسقط شفعته وأشراكه فيها غُيَّبٌ ثم قدموا فأخذوا الجميع بالشفعة.

فأجاب: بأنه لا يرجع على الذي صالحه بشيء لأنه على القول بأن لهم أخذ الجميع فقد انتفع بصلحه لأنه إذا لم يدخل مع الشفعاء يخف الضرر عنه إذ يقلُّ الضرر بقلة الأشراك. ولعله أيضاً كره شركة المصالح فأزاله فتم له مراده. وأما على القول بأن الشركاء يأخذون حظ المصالح فلا إشكال في عدم الرجوع لبقاء حظه في يده. فإن اعترض على هذه المسألة بما في سماع يحيى عن ابن القاسم في من يقتل رجلين عمداً فيصالح أولياء أحد القتيلين على الدية فيقوم أولياء الآخر فيقتلونه أن من صالحهم يرد ما أخذ لأنهم صالحوا على النجاة من القتل ولا منفعة له بنصف من صالح في القتل إذا قتل به والدم لا يتبعض ومنفعة المصالح في الشفعة مفردة على كل حال، وليس له أن يدخل مع أشراكه بحال وأولياء القتل الذين صالحوا حصلت لهم منفعة التشفي بقتله كالذين لم يصالحوا، والله أعلم. واعترض عليه بأن هذه العلة تدل على صلحه عن نصيبه فقط فإن صالح عنه وعن الغُيّب ثم قدموا وأخذوا الجميع بالشفعة فأي منفعة له بعلة الأشراك إذا أخذ الجميع من يده ولم تبق له شركة.

فأجاب: بأن المسألة التي بعث بها إليه علل إمضاءه للصلح بعلتين.

قلت: ضرر الشركة وإن الشفيع المصالح لا منفعة له في أخذ أشراكه بالشفعة، بخلاف القصاص لأن منفعته حاصلة لمن صالح أو لم يصالح. فإذا لم يحصل له شرك في ما اشترى فالجواب صحيح والعلة الثانية كافية.

ابن الحاج: من أسقط شيئاً قبل وجوبه. له نظائر في أمهات المذهب من ذلك تسليم الشفعة قبل الوجوب بثمن أو بغير ثمن فلا يلزم.

وفي العتبية: إذا باع على الإباحة وإذا باع وشرط لنفسه إسقاط اليمين في دعوى القضاء.

ومنها: إذا شرط لزوجته أن لا يتزوج عليها إلا بإذنها فلا يعتبر إذنها إلا عند إرادة التزويج لا قبله.

ومنها: إذا أسقطت حظها من الميت ثم قامت تطلبه.

ومنها: إذا قال رجل لو وجد من يقتلني وأهبه دمي فقتله رجل فإنه يقتل به إلا أن يسامحه بعد ضربه فيمضي.

وإذا قال الموصى له في حياة الموصي: لا أقبل الوصية ثم يريد قبولها بعد وفاته فذلك له.

ولو ترك ولي الدم القود فقتله.

وكترك المقذوف حق القذف قبل قذفه فله القيام بعده.

ومنه الرد بالعيب قبل ثبوته ساقط وبعد ثبوته لازم.

قلت: زاد أبو عمران في النظائر:

من أذن له ورثته في الصحة أن يوصي بأكثر من الثلث ثم مات أن لهم الرجوع بخلاف إذا أذنوا له في المرض وليسوا في عياله فلا رجوع لهم، ولو كانوا عياله فلهم الرجوع. واختلف إذا أذنوا في السفر فقيل كالمرض وقيل كالصحة.

ومن وهب ميراثه من أبيه قبل موته ثم مات فله الرجوع لأنه وهب مالاً يجب له. وكذلك من وهبت أيامها لصاحبتها ثم بدا لها فلها الرجوع. وأما إذا وهبت للزوج فإن كانت أياماً كثيرة تدركها فيها الغيرة فلا يجوز له منع نفسه فيها منها، فإن كانت يسيرة فله ذلك. وأما إن تركت شروطها في التزويج عليها فلما تزوج قامت فلا شيء لها في الأقوال، وقيل لها الرجوع ما لم يطل. وكذلك الأمة تختار قبل العتق ثم بدا لها في ما اختارت قبل العتق فلا يلزمها ذلك في بعض الأقوال وقيل يلزمها، وعكس هذا الطلاق قبل النكاح والعتق قبل الملك قيل يلزم وقيل لا يلزم [236 ب].

قلت: وفي بعض المسائل المتقدمة اختلاف.

وفي هذا الباب الكفارة قبل الحنث وخروج الزكاة قبل الحول وإذا قالت: إن خيّرني زوجي فقد اخترت نفسي أو العتق كذلك، وفيها اختلاف مشهور.

ومنها: إذا قالت المرأة أسقطت لزوجي ما وجب لي عليه، وفيها خلاف مشهور قبل هذا.

ابن سهل في سماع أشهب: من وجبت له شفعة وهو مفلس فقال رجل: خذ بالشفعة وأنا أربحك فيها كذا وكذا فيفعل ذلك ثم يعثر عليه ويقرّ به فقال مالك: أصل هذا البيع لا يصلح ولكن من أين يعلم هذا وإقراره إن أقر به ليس بشيء؟ ولكن إن ثبت ببينة وأمر ثابت رد للمشتري لأنه إنما أخذ بالشفعة لغيره. وعن ابن زرب إن أراد بعد ذلك للأخذ بالشفعة بنفسه فلا يجوز ذلك وكأنه قد أسقطها لنفسه.

وسئل السيوري عمن وجبت له الشفعة ولم يكن له ما يدفع فقال الرجل: خذ بالشفعة وأنا أسلفك وأشتري منك هذا النصيب أو جميع الموضع، وكيف لو قال: خذ بالشفعة فإذا حصل اشتريت منك.

فأجاب: إن قصد بأخذ الشفعة الغير لم يجز.

ابن سهل وفي المدونة: إذا أسقط الشفعة للمشتري قبل الشراء أو أشهد له بذلك لم يلزمه ذلك وله الأخذ، وإن كان أعطاه مالاً على تسليمها قبل الشراء رده ولم يحل له وكان على شفعته.

وفي المجموعة لابن وهب عن مالك: إن قال كل واحد من الشريكين للآخر: بعْ ولا شفعة لم يلزمهما.

وفي الموازية: إن قاله أيام الخيار في شقص بيع على الخيار بعض أو غيره لم يلزمه وهو على شفعته ويرد العوض وإن رضيا بإمضاء ذلك العوض بعد تمام البيع لم يجز حتى يفسخه ثم يأتنفا ما أحبّا.

قلت: هذا بيّن إذا قلنا إن الخيار إذا مضى مضى بأجرة وهو المشهور في المدونة وغيرها.

ومثله: إذا حلف لا باع له في شهر كذا فباعه بخيار فمضى الشهر قبل تمام أيام الخيار لا يحنث. وعلى القول الثاني إنه يعد مُمْضَى بأوله. وأخذه ابن رشد من كتاب الشفعة هذا، فعلى هذا يبقى الأمر متوقفاً إن مضى البيع مضى له ما أعطاه وإن رده رد إذا لم يبق ما يشفع فيه.

وفي أحكام ابن زياد عن ابن لبابة: في المشتري يدعي أنه عرض الشفعة على الشفيع يحلف إنه ما عرضها عليه ولا علمنا بيعه إلا الآن ويشفع إن أحب.

وسئل ابن رشد عن امرأة لها ابن وابنة وللابن أيضاً ابنة زوجها من رجل على أن باعت له أم الابن المذكور ربع أملاك لها على أن يسوق ذلك لحفيدتها سياقة انعقد عليها النكاح، ونحلت الجدة المذكورة لحفيدها الربع الثاني، والبيع والنحلة في وقت واحد، فصار بيد الحفيدة النصف الثاني من نحو عام. وقد وقع بين أبي الحفيدة والصهر كلام قبل الدخول انحلّ بسببها النكاح على أن يبقى الربع المبيع للزوج وسائره للحفيدة المذكورة، أيكون للحفيدة ومن ورثة المرأة شفعة في هذا الربع المبيع أم لا؟.

فأجاب: بإنه إذا وقعت المفارقة قبل الدخول على أن يكون له الربع[1] المسوق من الأملاك فالشفعة عليه في نصف الربع خاصة لأنه الواجب لها في العقد وصح لها بالطلاق قبل البناء، فأعطاه الأب بالخلع الواقع، ونصفه الآخر لا شفعة فيه لبقائه على ملك الأول. ولا يجب كل المهر للمرأة إلا بالدخول أو الموت على مذهب ابن القاسم وروايته في أن العلة بينهما والمصيبة منهما حتى تدخل. والشفعة في نصف الربع المذكور بالقيمة للحفيدة ولمن ورث جدتها ويضرب هو معهم بنصف الربع الباقي له على الملك الأول.

قلت: ويتخرج على القول بأنها تملك الكل بالعقد والطلاق قبل البناء أو الردة [237 أ] كأنه استحقاق للشفعة في هذا الربع المأخوذ عن الخلع. وعلى القول بأنها لا تملك منه شيئاً فيكون أحرى أن لا شفعة فيكون كأنه لم يزل عن

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

ملكه، وسكت عن اجتماع البيع والنكاح في هذا السؤال وكأنه رأى لما آل الأمر إلى أن المبيع صار للحفيدة فكأنه ليس ببيع، شبه ما قال ابن محرز.

إذا قال له: أزوجك ابنتي على أن تبيعها دارك بمائة أو كانت المعاقدة مع الزوجة نفسها لكان ذلك جائزاً لأن المائة تقابل المائة وتكون الدار صداقها. وفي هذا نظر لأن قابض حق الشقص هنا جدة الحفيدة فليس هنا مقابلة، فأشبه هذه المسألة الأخرى التي قال فيها: لو كان الولي قال للزوج: أزوجك وليتي بمائة على أن تبيعني دارك لكان ذلك فاسداً لأنه بيع دار بمائة دينار ببضع ومائة ودينار.

ومثل ما نقل من العتبية: إذا قال الأب: تزوج ابنتي بخمسين ديناراً وأنا أعطيك هذه الدار، فإن هذا من وجه نكاح وبيع.

ابن القاسم: ولو قال: تزوج ابنتي ولك هذه الدار فإن هذا نكاح جائز ولو لم يصدقها الزوج غير ملك الدار. ابن محرز فرق بين أن يسمي الصداق أو لا يسميه، ورأى أنه إذا سمى فقد سلك سبيل المعاوضة والبيع، ولو لم يسمه وربما أعطاه معونته لأن هذه المسائل لم تحصّل الدار في يد الزوجة وحصل هنا البيع في يد الزوجة. وما خرج عن يد الزوج إلا الدنانير فقط، فأشبه ما لو بذل صداقاً واشترط سياقة معها فهو من صفقتها، كشراء العبد بماله فماله صفقة له لأنه اشتراه صفقة مستقلة لنفسه كما اختار اللخمي، والله أعلم. وأن هذا خرج مخرج المعروف بدليل الربع الآخر في النحلة فكأنها ليست بمعاوضة مستقلة ويكون مثل ما أفتى به ابن الحاج.

في من نَحل ابنته بحصة من أرض أو غيرها إن عقد عليها النكاح أن لا شفعة فيها. وبمثله أفتى ابن رشد. وهي تجري على العطايا التي انعقد عليها النكاح هل حكمها حكم الهبة والبيع؟ والمسألة مشهورة عند الفقهاء. والموثقون أكثر الناس كلاماً عليها كابن يونس وغيره، والله الموفق للصواب.

ابن الحاج: واختلف قول مالك في الهبة بغير ثواب هل فيها شفعة أم لا؟.

قلت: مذهب المدونة أن لا شفعة. قال فيها والموهوب له الشقص والمتصدق عليه يقول الشفيع أخاف أنك أبقيت منه أو عاوضته فيه سراً وأردتما قطع الشفعة بما أظهرتما فاحلف فإن كان ممن يُتهم أحلف وإلا لم يحلف.

سئل اللخمي عمن تصدق على ابنة له في جنان بنصيب له فيه وهو مشترك بينه وبين ولد ابنته فقبل ذلك عليهما والدهما، فلما بلغ ذلك ولد المتصدق ووالد سبطيه فقالا: إنما أريد بهذه الصدقة فراراً من الشفعة، وشهدت بينة أن مثل هذا لا يتصدق على سبطيه[1] بمثل هذا وقيمة النصيب المتصدق به أكثر من مائة دينار. وبعد مدة شهد شاهد واحد على إقرار أبي السبطين أن صهري تصدق على ولديّ وجاريته عليه بمائة وخمسين ديناراً، فهل هذا الإقرار يحصل الشفعة في النصيب لأربابها أم لا؟ ومع هذا أقرّ المتصدق أن الصدقة كانت بينه وبين أبي السبطين أن للمتصدق عليه دنانير معلومة ولم يعلم أنها من بيع ولا غيره وقال الشركاء إنها من ثمن النصيب لئلا تقع الشفعة، هل يعتبر قولهم أم لا؟.

فأجاب: اختلف قول مالك في الشفعة والصدقة وهذه تهم بينة ودلائل واضحة تقوي الأخذ بالشفعة ولا يمكن الشركاء من التحيّل في سقوطها. وبه أفتى أبو عمر الإشبيلي بعد أن كتب إليه قبل السؤال: هذا من حَيَل الفجّار وأرى الشفعة له واجبة. قال يحيى بن عمر: وكأن هذا صاحب القضية عقاب لا يطار جناحيه[2] والحق غير ما قيل واعترف بالحق، من المدارك.

وسئل عن سؤال فيه أن المطلوب بالشفعة [237 ب] تبرّأ للطالب بها من دنانير كانت له قبلهم وبعد أشهر أراد الطالب القيام في ما يبرأ منه من الشفعة.

فأجاب: هذه مبايعة في ترك الشفعة تركها على عوض أخذه فلا قيام له فيها بعد ذلك.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

(2) كذا وردت الجملة في أ، وهي غير واضحة المعنى، وفي ب سقطت الكلمتان الأخيرتان منها.

وسئل أبو محمد عمن له نصف دار فتصدق بنصف نصيبه على رجل وباع منه النصف الآخر من نصيبه، هل يفترق الأمر إن كان في كتب أو كتابين أم لا؟ وهذا المتصدق عليه ليس هو ممن يتصدق عليه بمثله.

فأجاب: إن كان بكتب واحد فهو أبْيَن إذ مصرْفه إلى الحيلة في قطع الشفعة ويكون المسمى ثمناً لجميع نصيب البائع وتجب الشفعة للشفيع في جميعه، وإن كان بكتابين وتاريخين فالذي أراه في ذلك أن يكون في الكتب المفرد بالشراء الشفعة وأن يكون كله للشفيع. وأما الكتاب المفرد بالصدقة فإني أختار في هذا أن آخذ بأحد قولي مالك إن الشفعة في الصدقة والهبة فهذا أحب إليّ في مثل هذا لأن الأغلب في أنه حيلة لقطع الشفعة، ووكد الحيلة فيه من لا ورع له من الموثقين فجعله تاريخين وجعل تاريخ الصدقة قبل البيع فأوجب الشفعة في هذه الصدقة بقيمة الشقص المتصدق، بعد أن أحلف المتصدق عليه أن ذلك صدقة لم تدخل في بيع الشقص الآخر وإلا وقع ذلك بشرط ولا حيلة. فإن نكل عن اليمين لم أعطه في الصدقة قيمة وجعلت الثمن لجميع نصيب البائع، فإن التهمة لا يكون فيها رد يمين، وإن حلف كان في الصدقة الشفعة بالقيمة يوم الصدقة. قيل له: فإن كتب نصيب الصدقة باسمه وتصدق بالنصيب الآخر على ابن المشتري وكتب ذلك باسمه؟ فقال: أرى أن يحلف هذا الأب أن الصدقة على ابنه صحيحة وأنها غير داخلة في هذا الشراء.

وكذلك روى ابن نافع عن مالك في من تصدق على ابن رجل طفل أنهما إن اتُّهما بقطع الشفعة حلف الأب القابل له الصدقة. قيل لأبي محمد: فإن حلف الأب في المسألة الأولى؟ فقال: الصدقة تامة للابن وكان للشفيع أخذ المبيع بالشفعة بثمنه المذكور. قيل له: فإن نكل عن اليمين؟ فقال: الذي أراه وأشير به على القاضي لو استشارني لا سيما في هذا الوقت الذي كثرت فيه الحيلة من أهل الوثائق على قطع الشفعة وغيرها مما لا تحل فيه الحيلة أنه إن نكل عن اليمين جعلت المتصدق به والمبيع شيئاً واحداً ووقع البيع على جميعه، فأمْض الثمن وهو عشرة دنانير على السهم المتصدق به وعلى السهم المبيع فيقع

لكل سهم من ذلك خمسة دنانير، فيقال للشفيع: خذ النصف المشترى بخمسة دنانير وإن شئت أن تأخذ النصف المتصدق به فاغرم للابن قيمته يوم الصدقة وارجع على الأب بالقيمة التي غرمتها خلا خمسة دنانير فلا يرجع بها عليه من القيمة فارجع بباقي القيمة لأنه هو الذي أتلفها عليك بتأليجه هذا السهم إلى ابنه.

فقيل لأبي محمد: فإن قال الأب: إنما أديتُ في هذا السهم المبيع عشرة دنانير فأين هي؟ قال: فيقال له الخمسة الباقية لك هي عند ابنك لأنه أخذ قيمة السهم المتصدق به عليه كاملاً وأنت إنما أغرمتك القيمة خلا الخمسة دنانير حسبت لك من ثمن المتصدق به على ابنك. فقيل له: فإن قال: فهل يجب لي بها رجوع على ابني؟ قال: لا يجب له بها رجوع عليه لأنه كان أباحه إياها.

قيل لأبي محمد: ما ترى في الذي رواه ابن نافع عن مالك في الذي يظهر الصدقة بسهمه على ابن لرجل طفل إنه إن اتهما بقطع الشفعة حلف الأب القابل له الصدقة. أرأيت إن نكل الأب عن اليمين ما ترى في ذلك؟ قال أبو محمد: إذا كان لا يقاربها بيع للأب ولا للابن ونكل الأب عن اليمين فلا [238 أ] شيء عليه، والله حسيبه. ولو استحسن القاضي في هذا أن يأخذ بأحد قولي مالك عندما استعملا من الاحتيال في قطع الشفعة إن الشفعة في الصدقة لكان حسناً. مثل أن يكون المتصدق ليس بينه وبين هذا الطفل ولا أبيه رحماً يوجب إرفاقه ولا يد جازى عليها أو يكون المتصدق فقيراً أو المتصدق على ابنه غنياً ومثل هذه الريَب البينة فهو أمر مستبعد. فحسن في هذا أن يأخذ بقول مالك الذي قاله في الشفعة في الصدقة ويعطيه قيمة الشقص يوم الصدقة.

وسئل أبو محمد أيضاً عمن تصدق عليها أبوها بنصف جنان مشاع وباقيه لأجنبي فحازت ذلك البنت حيازة المشاع ثم باع الأجنبي نصيبه فاشتراه زوجها فبعد سنين من شرائه تشاجرت مع الزوج فقالت له: إنما اشتريت نصف الجنان لي وبأمري وبمالي، وقال هو: بل لنفسي اشتريت وبمالي، فلم تجد إلا شاهداً ثم رجع عن شهادته وهي في الطلب فحلف الزوج فقالت: إذا لم تصح دعواي بالملك فأنا أقوم عليك بالشفعة.

فقال: إن عُلم أنها ذكرت ذلك وادعت الآن قبل السنة من تاريخ الشراء ولم تطلب ذلك إلى الآن أو كانت تطلب فإنها تحلف أني ما سكتت عن الشفعة إلا لغبطتي بملكي بالشراء أو ظناً أنه لا يجحدني. فإذا حلفت كان لها القيام بالشفعة على الزوج.

في الطرر: على المبتاع البينة أنه ابتاع ذلك بما انعقد عليه في الوثيقة وإلا حلف. وفي وثائق ابن مغيث: على المبتاع البينة أنه ممن لا يرى ذلك.

قلت: ذكر ابن الحاج عن مالك في الشفعة روايتين في الثمار وجه الأولى أن الشفعة وضعت لإزالة الضرر وذلك موجود هنا ولا يشبه الزرع لعدم جواز بيعه قبل استغلاله باليبس وبعد اليبس لا شفعة. كما لو استحق الثمرة والشفعة في ما يحتاج للبقية. ويقوي القول الثاني حديث العربية في بيعها بخرصها وحديث الشفعة في ما لم يقسم فذكر محل الشفعة وهو الأرض دون غيرها وعدم دوام الضرر بالنسبة إلى الثمار.

وسئل عنها اللخمي أعني عن الشفعة في الثمار والخضر.

فأجاب: أن لا شفعة في الثمار هذا الذي استحسنه واختار الشفعة في ما لا ينقسم واختار أن لا شفعة في الكتان.

قلت فيها: وإذا كان بين قوم ثمر في شجرة قد أزهى فباع حصته منه قبل قسمته والأصل لهم أو بأيديهم في مساقاة أو حبس فاستحسن مالك لشركائه في الشفعة ما لم تيبس قبل قيام الشفيع أو تباع وهي يابسة. وقال: ما علمت أحداً قاله قبلي.

قلت: ومثله لو اشترى الثمرة وتدل عليه مسألة المساقاة ونبّه عليه بعض أهل المذهب. وهذه إحدى المستحسنات الأربع في المدونة اثنان في الشفعة هذه والشفعة في الأنقاض، وفي الديات استحسان اليمين مع الشاهد في جرح العمد، وفي الجراح استحسن في الأنملة من الإبهام خمس من الإبل وزاد أبو محمد فيها.

قال مالك: ما تكلمت برأيي إلا في ثلاث مسائل، وأسقط الأخيرة. وزاد غيره: وصية المرأة في القسمة توصي بولدها إذا ما كان لها ستون ديناراً فأقلّ، استحسنه مالك وليس بقياس.

ابن الحاج في بعض الكتب: الشفعة في الثمرة ثلاثة أيام تحتمل أن يكون قدرها إذا وقف على ذلك أو في ما يسرع إليه التغيير.

وفيه: اختلف بيع النقض في البنيان على أن يقبضه المبتاع فلابن القاسم في المدونة الجواز ولم يبين على مَن النقض. وعن رواية أشهب المنع لأن صاحب العرصة بالخيار بين أخذ الشقص بالقيمة أو يأمر المبتاع بقلعه. وبه كان يفتي ابن عتاب، وأفتى ابن حمدين بالجواز وقضى به، وبه أفتى ابن رشد، وبه أخذ وليس فيه غرر لا ثمن ولا مثمون، ودليله شراء الشقص لا يدري أهل يحصل للمبتاع شقص أو ثمن وشراء الكتابة. وهذا الخلاف إذا كان على شرط [238 ب] القلع وعلى شرط البقاء حرام ولا يختلف فيه. فإن شرط البائع على المشتري أن يترك الأنقاض شهراً أو أكثر لم يجز لأنه بيع السلعة المغيبة لتقبض لأجل.

قلت: فيه نظر لأن البنيان كالأصل، دليله ما في العارية من أخذ عرصة ليبنيها على صفة معلومة وتبقى عنده عشرة أعوام ويأخذها صاحب العرصة. قال: ذلك جائز. وأخذ منه ابن رشد جواز بيع الدار واستثناء سكناها هذه المدة. ومثله في الدور لابن شهاب. وتقدم في جواز القدر المستثنى أقوال هذا أحدها.

وفيه: كان ابن مغيث لا يرى الشفعة في القليب وكان أبو المطرف يفتي بوجوب الشفعة فيه. وأفتى به بعض أصحابنا لأنه مما لا ينتشب بالأرض كالثمرة.

وفي المدونة: لا شفعة في دين ولا حيوان ولا شقص ولا بُر ولا طعام ولا عوض ولا غير ذلك مما سوى الأصول وما اتصل بها.

ابن سهل: ولأشهب في كتب الجدار خلافه، ولعطاء في مكاتب المدونة: الذي عليه الدين أولى به بالثمن. وقدم ولي فيه في كتب الجدار، وقال به علي وغيره وجماعة وبه أخذ عيسى.

قلت: وأخذ من المدونة في آخر سلمها الثاني أنه قال: أخذ المسلم إليهما.

قال: وكذلك إن ولى حصته ولا حجة لشريكه عليه في إقالة أو تولية وإنما حجته على البائع في أحد التأويلات.

أبو عمر: منهم من أوجبها لكل شريك في الحيوان والعروض وغيرها. قاله بعض أهل مكة وهو قول شاذ ورووا فيه حديثاً منقطعاً. ابن زرقون: حكاه الإسفراييني عن مالك ولا يعرف هذه القولة أصحاب مالك، ولعله رأى قول مالك في الحائط يباع شقص منه حيوان فيه الشفعة فظنها في كل شيء أو رأى قوله في الثوب المشترك وغيره من العروض إذا أراد أحدهم البيع أن شريكه أحق بما وقفت عليه من الثمن فظن ذلك من الشفعة.

قلت: ومنهم من أخذ ذلك من النوادر والموازية في من له امرأة ثلثها حر وباقيها رقيق وولدها منه كذلك فأراد ربها بيعها وطلب الزوج أخذها فذلك له لأن فيه منفعة للابن فليباعا منه.

وروى ابن حبيب عن مالك: في أمة تحت حرّ له منها أولاد وهي حامل فبيعت مع ولدها أن الزوج أحق بهم إن شاء ذلك بما بلغوا، وقاله أصبغ.

وفي كراء الدور: لا شفعة في الكراء. وفي سماع ابن القاسم عنه خلاف ابن سهل وقال ابن القاسم وسحنون بالأول.

قال: وكذلك إن ساقى نصيبه فلشريكه الشفعة وإن ساقى نصف حائطه فساقاه المساقي فلرب الحائط الشفعة. ابن الحاج: وكذلك الخلاف في الحوانيت والدور والمزارع حكى ابن حبيب فيه الخلاف وأفتى أصحابنا بوجوب الشفعة، وبه كان يفتي ابن رزق.

وأجاب اللخمي: أما الشفعة لكراء الحانوت فإذا كان لكل واحد من الشريكين الذين أكريا طائفة معينة لم يكن هناك شفعة، وإن كانا شريكين ولم يكن لأحدهما شيء بعينه وكان الدكان إنما يبيع فيه الرجل الواحد كان للمكتري فيه الشفعة، وإن كان مقعد رجلين ذلك الشأن فيه وكان هذا المكتري أولى ويأخذ بالشفعة ليجلس فيه رجل آخر لم يكن ذلك له لأنه يصير يشفع ليبيع ولم توضع الشفعة لمثل هذا.

وسئل اللخمي عمن اكترى نصف حانوت ثم لما بقي من مدة الكراء نصف سنة أكرى رب الحانوت النصف الآخر سنة، فهل للأول الأخذ بالشفعة بما بقي من المدة أم لا؟.

فأجاب: اختلف باقي الشفعة بالكراء ولا شفعة لمن ذكر ليسارة المدة الباقية فلا شفعة لها.

ابن سهل: في المشتري يكون الشقص لأعوام لم يقدم الشفيع. أخبرني أبو محمد الشارقي أنها نزلت بطليطلة فأفتى ابن مغيث وابن رافع رأسه وغيرهما أنه ليس له فسخ الكراء [239 أ] وله الأخذ بالشفعة ويبقى المكتري إلى مدته كعيب حدث بالشقص، ودليله ما في شفعة المختلطة في من باع أرضاً فزرعها ثم استحق رجل بعضها وأخذ بالشفعة[1] باقيها بالإكراء للشفيع في ما يأخذ بالشفعة كان في إبان الزراعة أم لا.

أبو محمد: وكُتِب بها إلى قرطبة فأفتى ابن عتاب وابن القطان وابن مالك أن له الأخذ بالشفعة ويفسخ الكراء. وأصله ما في الاستحقاق في من اكترى داراً سنة ثم استحقها رجل بعد مضي نصف السنة فللمستحق نصف ما بقي من الكراء إن شاء. وقد نزلت مرة أخرى فأفتى ابن عتاب بفسخ الكراء عن الشفيع إن شاء إلا في المدة اليسيرة كالأشهر ويكون مكتري الأرض قد زرعها فلا بد من بقائه إلى حصاده. هذا إذا علم المبتاع أن له شفيعاً وإن كان لم يعلم بالشفيع وإنما

---

(1) من هنا بدأ نقص في المخطوطة ب.

استحق شقصاً من الأرض أو الدار وأخذ الباقي بالشفعة فلا يفسخ الكراء إلا بالوجيبة الطويلة. وأما ما يتعارفه الناس من الكراء كالسنة ونحوها فذلك نافذ لأنه فعل ما كان له جائزاً. وفي جوابه هذا رجوع عما حكاه الشارقي عنه.

وذهب في قوله: إذا علم بالشفيع إلى ما حكاه ابن زرب في من بنى حصة ابتاعها وله شفيع ثم قيم عليه بالشفعة فيعطى قيمة بنائه منقوضاً لأنه بنى في ماله ومال غيره يريد فصار كالمتعدي في بنائه في ما علم أنه لغيره.

وتفريقه بين المدة اليسيرة والكثيرة يؤخذ من جعلها في من اكتري أرض يتيم لمدة فبلغ اليتيم قبلها فإذا أكراها لثلاث أو أربع وهو لا يظن الاحتلام في مثلها فجعل به الاحتلام وأونس منه الرشد فليس له منع وليه لأنه منعه في حال يجوز ذلك فيها ولم ينفذ ما يجوز له. وقال غيره: لا يلزم ذلك اليتيم إلا في ما قال ابن القاسم. وإن أكراها عليه وهو يعلم أنه يحتلم لم يجز ذلك عليه، والوالد كالوصي. ولو واجره الوصي وهو لا يظن الاحتلام ثلاث سنين فاحتلم بعد سنة أو سنتين فله نقض الإجارة إلا أن يكون الشيء الخفيف الأيام أو الشهر وشبهه.

وفيه: الشفعة في المال الموظف. قال ابن زرب: الشفعة كالبيع فلا تجوز فيه على مذهب ابن القاسم، وفيه الشفعة على مذهب أشهب لإجازته البيع فيها.

لابن الحاج: إذا اشترى شقصاً فزرعه ثم قام الشفيع قبل نبات الزرع فيتخرج على قولين إن قلنا الشفعة استحقاق صحت وبقي الزرع لزارعه، وإن قلنا بيع فلا يجوز إلا أخذ الأرض بما فيها أو يتركه حتى يستغل الزرع فيأخذ الشقص خاصة بالشفعة.

ابن عات عن المشاور: في الوارث يغرس أو يبني موضعاً من أرض الشركة بحضرة شريكه وعلمه لا يغيّر عليه ولا ينكر فاعله على ذلك ثم باعه أو بعضه فقام الشريك فأراد أخذ نصيبه منه والباقي بالشفعة فإنه إذا قام بالشفعة عليه أو على ورثته قبل انقطاع حجته وذلك الأربعون سنة فأقل فإنه يقسم ذلك، فما صار في حق القائم من ذلك كان له وكان بالخيار في دفة قيمة البنيان والغرس

مقلوعاً أو يأمره بقلع ذلك، ولم يكن عليه كراء مما سكن من نصيبه ولا غلة في ما اغتل وكأنه أذن له فيه إذا كان بعلمه، ولم يكن له شفعة لأن البيع لم يفسخ ولا يتم إلا بعد القسم إن أحب المبتاع ذلك، وإن لم يعلم ذلك حتى قام فله [239 ب] كراء ما صار له من الشفعة على الباني والغارس، وقيل إنه يأخذه قائماً.

ابن الحاج: في رجلين بينهما أرض عمد أحدهما إلى بيع فدان منها معيّن فقد باع نصيبه ونصيب شريكه فإن باعه بحضرة شريكه وعلمه فلا قيام له باستحقاق ولا شفعة ويأخذ من شريكه ما يخصّه من الثمن. وكذلك كل مَنْ بيع عليه ماله وهو حاضر ساكت لا يغير فالبيع لازم. ومثله لابن القاسم في شفعة العتبية وهذا إذا قام بالقرب، وإن طال ذلك وادعاه البائع لنفسه كان له مع يمينه. ومثل هذا الثوب بين الشريكين يبيع أحدهما جميعه فإن كان حاضراً لم يغيّر مضى البيع عليه وإن أنكر نقض البيع.

والقسم الثاني أن يبيع بعض الفدان بعينه وهو حاضر فينكر أو يكون غائباً فيقدم وينكر فصاحبه بالخيار بين استحقاق نصيبه والشفعة في ما بقي ويرجع المشتري على البائع بمقدار ما استحق، فإن شاء أخذ نصيبه خاصة ورجع المشتري بمقدار ذلك على البائع. فإن باع نصيبه على الإشاعة مضى بيعه ولم يُختلف فيه خاصة سواء كان شريكه حاضراً أو غائباً حقه في الشفعة قائم.

فإن باع جزءاً غير معين هو بعض نصيبه فاختلف قول ابن القاسم فيه وروى عنه يحيى أنه بمنزلة من باع حقه وحق غيره ويرجع للقسم الثاني. وروى عنه سحنون أنه بمنزلة من باع حق نفسه خاصة لم يكن فيه إلا الشفعة فقط. وقعت الروايتان في سماع يحيى.

ونزلت في أيام ابن رزق في رجل باع جزءاً شائعاً من أرض بينه وبين آخر ولم يذكر في عقد التبايع جميع حصته، فأرسل فيها ابن رزق إلى أبي الحسن الفقيه فقال له: فيها قولان ولم يذكر محلهما ضنّاً بهما وقال: هذه المسألة تنعقد في الباطن وتُحجر في الظاهر.

وفيها: في دار بين رجلين باع أحدهما نصفاً منها بعينه قبل القسم بغير أمر شريكه ثم قدم الشريك فله نصف المبيع فإما أجاز البيع أو أخذ منه حصته وباقيه بالشفعة ودفع نصف الثمن إلى المشتري ويرجع المشتري بنصف الثمن الباقي على البائع إن شاء. ثم سأله عن القسمة ابتداءً فقال: لا، وقال غيره: يبدأ بالقسمة وإن صار له المبيع ثم البيع وإلا فسخ.

وفيه: إذا اختلف المشتري والشفيع في الثمن وطال الخصام وقفت الغلة ثم أخذ بالشفعة، فالغلة للمبتاع وبه وقع الحكم.

وفيه: في حديث تحويل أهل قبا إلى الكعبة وهم في الصلاة فيه فوائد؛ الأولى من اشترى عقاراً وبنى فيه ثم استحق بالشفعة فينتقض ملك الأصل دون البناء، الثاني تصرف الوكيل بعد عزل الموكل قبل العلم لازم له، الثالث تصرف المرأة في كل الصداق ثم تطلق قبل البناء فينتقض ملكها في النصف ولا ينتقض حقها في ما ثبت فيه. وفيه قبول الجزء الواحد.

وفيه: إن ما مضى من الصلاة قبل علمهم بالفسخ صحيحة وهذا مطرد في كل ما دُوِّن فيه ثم نُسخ.

وفيه: جواز تأخير البيان إلى ثاني حال.

وفيه: من اشترى مبدر زوج من قرية رجل على الإشاعة ولم يعينا الموضع الذي يأخذ منه ولم يذكر جيداً ولا رديئاً ولا وسطاً فهل البيع فاسد أم لا؟ وإذا لم يكن فاسداً فباع البائع أو بعض ورثته بقية القرية فهل يأخذها بالشفعة أو لا؟.

جوابها لأبي محمد بن عتاب بأن البيع في مبدر الزوج على الوجه المذكور جائز ولا شفعة لمبتاعها على مبتاع بقية القرية إذ ليس باشتراك صحيح، كمن ابتاع جزءاً مسمى من شيء وكمن ابتاع مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً من جزاف في الجميع، وقالوا في مثل هذا إنه لا شركة للمبتاع فيه إذ لو طرأ هلاك أو استحقاق لكانت المصيبة من [240 أ] البائع، وكذلك استحقاق البعض ولو بقي مقدار المبيع لثبت للمبتاع.

دليله ما وقع في وصايا المدونة وغيرها: إذا أوصى بعشرة من غنمه وهي

مائة فماتت كلها إلا العشرة ثبتت له، ولو أوصى له[1] بعشرها فهلكت كلها إلا عشرة فلا يُخرج إلا عُشرُ ما بقي. وكذلك ذكر في العتق، وغيره من النظائر في هذا كثير.

والشفعة إنما تجب على قول مالك وأصحابه إذا كانت الشركة بجزء مسمى مثل النصف أو الثلث أو غير ذلك مما يوجب كون المصيبة والاستحقاق منهما معاً وتكسر القرية كلها ويكون لمبتاع الزوجين بقدر ذلك منهما إذا وقع الشراء على غير تعيين، ولو عيّنا الموضع المأخوذ منه عند الشراء لتحتم. وبمثله أفتى ابن رشد وزاد إن جواز الحكم يؤخذ من مسألة إذا اشترى ثوباً من ثياب على الاختيار أو على غير ذكر الاختيار ومعنى قول من يقول إنهما شريكان في هذا، أي إن الحكم يوجب القسمة بينهما عند التشاحح على حكم الشركة لا أنهما شريكان من الآن بعقد البيع. هذا ما لا يصح تأويله منهم بوجه ولو وقع البيع في مبدر الزوجين على أن يكون المبتاع شريكاً بما يصيبه من ذلك في القرية حتى تكون المصيبة منهما في الاستحقاق والهلاك لكان البيع فاسداً لمآل الأمر بالشرط إلى ابتياع جزء مجهول لا يعلم إلا بعد التكسر.

وسئل أبو الحسن عمن أشهد على نفسه أنه باع ربعاً من زوجته وبعضه مشاع ولم يذكر حضور زوجته وقت الإقرار، ثم بعد هذا باعت بعض هذا الربع عن المشاع، فهل يؤخذ بالشفعة في المشاع بيعها هذا الربع أم لا؟.

فأجاب: أما من جهة بيع المرأة لغير المشاع فلا شفعة إذ لم يتم دليل على شرائها للمبتاع، ولكن له الشفعة من حيث إقرار البائع بالمبيع وموافقته على ذلك إن ثبت ذلك بعدلين أو مع يمين القائم بها مع العدل وتكون عهدته على البائع إلا أن يثبت شراء المرأة فتكون عهدته عليها. وهذا وجه يطعن به على هذا الجواب إذ لا يدري على منَ تقرر عهدته، لكن الطعن ضعيف لخفة الغرر لأن عهدة الشفيع على المشتري، وهي للمشتري على البائع، فإذا لم يوجد المشتري طلب البائع وقد يكون فيه غرر لكنه غير معتبر.

---

(1) إلى هنا ينتهي النقص المشار إليه أعلاه في المخطوطة ب.

وسئل البرقي عمن اشترت من أختها شقيقتها أنصباء لها من ربع بقرية صغيرة بشاهدين من شهودها، وكانت الأنصباء تحت أيدي إخوتها لأبيها فبقيت الأنصباء تحت يد الإخوة المذكورين من بعد هذا البيع نحو العشرة أعوام، ثم قامت الأخت تطلب الأنصباء وغلتها من إخوتها في هذه المدة وقاموا هم يطلبونها بالشفعة وزعموا أنهم لا علم لهم بالبيع إلى الآن وادّعوا سقوط الغلة فإن أختهم البائعة كانت سلمت لهم هذه الأنصباء وملكتها لهم وكان ذلك بعد بيعها لأختها فهم ساكنون بشبهة.

وادعت المشترية أن هذه المدة الطويلة بعد علمهم بالبيع يسقط الشفعة واحتجت على علمهم بأن البائعة وكلت أحد هؤلاء الإخوة على طلب ثمن الأنصباء والإخوة متفاوضون فإذا بطلت في حق واحد بطلت في الكل وأن القرية صغيرة والغالب أن هذا لا يخفى عنها بمعرفة شهودها بذلك، فهل تكون في هذه الشفعة أم لا؟ وهل تطلب الكراء والغلة منهم أو لا تطلب إلا الغلة دون السكنى؟.

فأجاب: إذا صح البيع المذكور وتوكيل أحد الشريكين المذكورين على قبض ثمن البيع وهما يتفاوضان ومضى من الأمد ما ذكر فلا يقام بالشفعة، وأما الكراء فلها القيام [240 ب] به إلا أن يظهر أن سكوتها هذه المدة على وجه المسامحة فلا قيام لها به، وإن لم يظهر فالقول قولها في عدم سقوط الكراء وأن نيتها طلبه.

وسئل السيوري عمن بيده دار يسكنها ويؤدي عليها كل عام دراهم للسلطان، ثم أخذت من يده بالشفعة بعد أعوام وكان ممتنعاً من التسليم بالشفعة فطلب ما كان يؤديه من المغرم، هل يجب ذلك على الشفيع؟

جوابها: ذكرت أن المغرم كان قديماً وانقضى فيغرم الشفيع من المغرم ما لولاه لأخذت الدور وذهبت. ابن سهل عن ابن عتاب: يلزم الشفيع الأجرة التي ادعى المبتاع عند ابتياعه، ومثله لابن القطان. فقلت له: إن أدّى من الأجرة أكثر من المعهود بين الناس في تلك الأجرة فكأنه ذهب إلى أنه لا يلزمه جميعها إن

كانت كثيرة جداً، فقلت له: إن طُلِبتْ أجرة كاتب وثيقة الشراء، فقال: يلزمه، وبنحوه قال مالك.

قلت: أرأيت ما غيّر في الشقص المشتري، أليس يلزم الشفيع غرمه؟ قلت: ما ليس مثله، أرأيت جُعل[1] السمسار في المرابحة لا يحسب ولا يُحسب له ربح بخلاف الصيغ[2] وما هو قائم في المبيع فثبت على قوله ولم يأت أحد منهم بحجة ولا رواية لكنها عادة جرت عندهم باتفاقهم.

قلت: أما الجعْل فهو من الثمن حكمه حكمه.

كما قال: إذا ردت السلعة بعيب رد السمسار الجعْل، وإنما لم يجب في المرابحة لأنه ليس له عين قائمة ولا وجه تنميته وهذا ما لم يكن عُرْف فإن كان عرف حسبه وحسب له الثمن حسبما ذكره عياض وغيره، وأجرة الوثيقة في ما يلزم المبتاع كذلك. وأما إذا زاد على الأجرة فليس له شيء وليس كهبة الثواب إذا أعطى أكثر لأن تلك لم يتم البيع إلا بهذا الثمن فهو بمنزلة الغبن في الثمن، والجعل هنا تابع للثمن فلا يلزم فيه الزائد كما لو حابى بزيادة الثمن.

ابن سهل عن ابن زرب: نزلت عندنا الأخذ بالشفعة لبيت المال فأراد صاحب المواريث الأخذ بها للمسلمين، فأفتى بعض الفقهاء وأظنه الحجازي بأن ذلك له، وهو خطأ من المفتي ولا يأخذ بالشفعة إذ لا ينحجز للمسلمين وإنما له جميع ما وجب خاصة.

وسئل ابن رشد عن هذه الفتيا مع قول سحنون إن المرتدّ إذا قتل وقد وجبت له الشفعة أن السلطان يأخذ بها لبيت المال وهل الأرض فيها جلي[3] إلا لمن يكون فرق.

فأجاب: إن قول ابن زرب ليس بخلاف لقول سحنون لأنه قال: السلطان يأخذ بالشفعة لبيت المال إن شاء، وقول ابن زرب: ليس لصاحب المواريث

(1) جملتان سقطتا من أ.

(2) كذا بالأصلين.

(3) كذا وردت الجملة بالأصلين.

الأخذ، أي أنه لم يجعل ذلك له ولو جعل له الأخذ بها لأخذ إذا رآه نظراً.

قلت: لأنه وكيل خاص فلا يتعدى ما وكل عليه، والسلطان له النظر العام فله الأخذ ويجعل من يأخذ بذلك.

ونزلت بتونس وأفتى شيخنا الإمام ابن عرفة بقول ابن رشد هذا. ابن سهل: ومن هذا ما وقع في روايات الشفعة في المختلطة عن مالك: من حبّس حصته من دار على رجل وعلى ولده فباع شريكه نصيبه الذي لم يحبّس فأراد الذي حبس أخذه بالشفعة فليس ذلك له إذ ليس له أصل يأخذها به إلا أن يأخذه فيلحقه بالحبس فله أخذه. ولو أراد المحبس عليهم أخذه فليس ذلك لهم لأنهم لا أصل لهم. ومثله في سماع ابن القاسم. وحكى ابن حبيب عن الأخوين وأصبغ: إن أراد المحبس عليهم إلحاقه بالحبس فلهم أخذه بالشفعة لأن الحبس هو الشريك. قالوا: وكذلك إن أراد المحبس أخذه وإلحاقه بالحبس قالوا: وإن كان مرجع الحبس إلى المحبس فله الأخذ بالشفعة.

قلت: تقدم أنه يقوم من مسألة المدونة وغيرها أنه يجوز تحبيس المبتاع بغير إذن الشريك والصحيح لا بد من الإذن، فإن وقع فإن كان يقبل القسمة قسم وبقي نصيب المحبس حبساً وإن لم يقسم ولم يأذن وهو يضر رد [241 أ] الحبس، قاله اللخمي. واختار غير واحد فيه أنه يباع وما قابل النصيب المحبس جعل في مثله أو شورك به في الحبس، وبه وقعت الفتوى. أبو حفص في كتاب الجعْل: ولا يجبر على ذلك.

قلت: جعله كإقرار أحد الورثة أن أباه أعتق هذا العبد فنصيبه منه بعد البيع يستحب أن يجعل في رقبة أخرى، وظاهر فتوى أصحابنا الجبر بناء على ذلك.

اللخمي: ويجوز تحبيس العلو بغير إذن صاحب السفلي إذ لا ضرر عليه فيه. ولا يجوز تحبيس السفلي إلا بإذن صاحب العلوي لما يدخل عليه من الضرر عند طلب الإصلاح. ومن أمثالهم في ضعف الملك يملك علوياً على حوانيت المخزن. وأجرى بعضهم الشفعة لبيت المال على مسألة الحبس وأخذها منها.

كذا كان يتقدم لنا في المجالس وجعلها محوراً. وزاد اللخمي قولاً: إنه لا شفعة للمحبس وإن أراد جعله في مثل الأول، قال: وهذا أقيَسُ لأنه لا أصل له وقد سقط ملكه بالتحبيس، وإذا سقطت الشفعة فليس له أن يتطوع بإخراج ثمن ملك من لم يكن عليه حق في الإنزاع كمن أعتق شركاء في عبد وهو معسر فأراد آخر أن يتطوع بدفع قيمة البقية ليتم العتق ولم يأمره المعتق فلا يقبل منه.

قلت: قول مالك إذ ليس له أصل يأخذ به، وقول اللخمي يسقط ملكه عنه خلاف قول الفقهاء إن الحبْس يقتضي على ملك المحبس ويبنون عليه مسألة الزكاة والمرجع يوم ينقطع العقب وغير ذلك.

وفي الخصال: أربعة لا شفعة لهم، إذا باع أحد المتعاوضين حصته من دار من شركتهما، وإذا باع الوصي حصة ليتيم في ولاية نظره من دار مشتركة بينهما، وإذا وكل الرجل على بيع حصة في دار هو شفيعها فليس لواحد من هؤلاء شفعة. وليس كالشراء لأن الشراء ليس بتسليم للشفعة.

وقيل: إن الشفعة للوكيل. وزاد ابن الحاج: أن للوكيل الأخذ.

وقيل في الوصي إذا أشرك يتيمه وباع عليه نصيبه له الشفعة لنفسه، وعكسه إذا باع حصة نفسه وأراد الأخذ ليتيمه بالشفعة فله ذلك بعد الرفع للقاضي فيهما.

وفيه: إذا باع حصته من ملك مشترك بينه وبين بنيه فله الأخذ بالشفعة لبنيه إذا قام قبل زمن انقطاع الشفعة وذلك بعد اعتراف المبتاع بالشركة معه وثبوت عقد الابتياع وإقراره به، وإن أنكر فعلى القائم أن يثبته، ولا يجبر مع ذلك إلا بإثبات ملك من ابتاع منه.

وفي النوادر من الموازية والمجموعة: إن باع الوصي شقصاً لأحد الأيتام فله الأخذ بالشفعة لباقيهم لا يدخل فيه من بيع عليه ولا حجة على الوصي بأنه بائع لأنه باع على غيره. محمد: ولو كان له معهم شقصٌ لدخل في تلك الشفعة وينظر فإن كان خيراً لليتيم أمضاه وإلا ردّ سهمه أن يبتدىء بالبيع رخصاً بأخذه بالشفعة.

وعن ابن الماجشون: إن كان بيعه على اليتيم سداداً فلا شفعة له لنفسه لتهمته فإن استشفع تعقب فإن كان سداداً لليتيم أمضي وإلا ردّ وفُسخ بيع المشتري.

وفي المدونة: إذا اشترى العامل في القراض شقصاً هو أو رب المال بشفعة فله أو لربّ المال الشفعة فيه. اللخمي: وقيل لا شفعة للعامل وهو أبين إن كان عالماً بالشفعة لأنه أخذه للربح والشفعة لا ربح فيها، وإن كان ممن يجهل حكم الشفعة حلف وكانت له الشفعة.

ابن رشد: أجازوا للمديان الأخذ بالشفعة لتباع للغرماء، وفيه نظر لأنه أخذ للبيع، واستحسن أشهب أن ليس ذلك له.

ابن الحاج: إذا أوصى بثلث ماله فله الشفعة في ما باعه الورثة وكذلك العكس في ما باعه هو. وتكلم سحنون على معنى آخر انظرها في كتاب محمد.

ويتصور امتناع الشفعة في الثلث للورثة لو كان للميت ثلث دار ولأجنبي [241 ب] ثلثها فالشفعة له بالشركة خاصة كما لو باع الميت.

وفيه: إذا انتقل شقص ابنين عن أبيهما عن جدهما بالهبة أو الصدقة، فأفتي أنهم أهل سهم واحد كما لو كان بميراث، وظهر لي إنما ذلك إذا انتقل بميراث خاصة فاطلبه في مواضعه.

وفيه: في ربع بعضه محبس وبعضه مطلق لقوم أراد بعضهم بيع نصيبه وأراد جبر أصحابه في المطلق على البيع منه. فأفتى ابن رشد بعدم الجبر لأن التبعيض حاصل لأجل المحبس، وأفتيت أنا بجبرهم لأن بيعه معهم سبب لكثرة ثمنه، وبيعه وحده ثمنه أقل. وكذلك لو كانوا جماعة شركاء في الجزء المطلق فأراد الذي يبيع أن يجبر البعض دون البعض فليس له ذلك على فتيا ابن رشد وله ذلك على ما اخترته لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار». فلو باع على فتوى ابن رشد من غير إجبار فالشفعة لبقية أشراكه مع أهل الحبس إن أرادوا إلحاق ذلك بالحبس وإن لم يريدوا رجعت كلها إلى من بقي في المطلق

بالحصص. قال لي ابن رشد: وقستها على مسألة الوارث يقرّ أن أباه[1] أعتق عبداً. ولو باع جميع الشركاء في الجزء المطلق فالشفعة للمحبس إن كان مرجع الحبس إليه وليس عليه إلحاقه بالحبس لأنه مال من أمواله وإن لم يكن المرجع إليه فلا شفعة إلا أن يريد المحبس أو المحبس عليه إلحاقه بالحبس فله ذلك. فإن اتفقا على الشراء والإلحاق فحسن وإن أراد كل منهما شراءه وإلحاقه وتشاحا فالمحبس مقدم لأنه قد كان الحبس بيده قبل. وسواء كان المحبس مقدماً أم لا، ولو لم يرد المحبس الشراء وأراده المحبس عليه أو تركا جميعاً الشفعة فأراد أجنبي شراء الحصة وإلحاقها بالحبس فله ذلك.

وسئل ابن رشد عن مشتركين في أملاك على الإشاعة فتوفي أحدهم وخلف بنين أصاغر وقدّم عليهم وصياً ومشرفاً عليه فباع الوصي حظهم من الأملاك بإذن المشاور من الرجل الشريك بموجبات البيع على الأصاغر من استقصاء واجتهاد وطلب زيادة والسداد وغير ذلك من الفصول المحكمة فكمل للشريك كل الأملاك فباع نصفها على الإشاعة من أجنبي. ثم إن بنتا من أحد المبيع عليهم رشدت أثبتت الغبن الكثير في ما بيع عليهم وأن قيمة ما بيع عليهم يوم بيع مثل ما بيع به فذهبت إلى الرجوع في حظها وتشفع على الأجنبي المشتري من شريك أبيها في النصف المبيع، وحجتها أن بيع الغبن مردود، فإذا رجعت في نصيبي فكأني شريك لشريك إليّ، فإذا باع وجبت لي الشفعة في البيع ومنع المشتري ذلك. وأحتجّ بأن بيع الوصي والمشرف فوّته الشريك بالبيع لي فحقه عنده في ما بقي بيده، فهل للقائمة مقال في رد حظها والأخذ بالشفعة أم لا؟ وهل بيع الشريك تفويت للغبن أم لا؟.

فأجاب: بأن الواجب للقائمة نقض البيع في نصف حصتها من الأملاك تأخذه من يد المبتاع من الوصي ويكون لها عليه في النصف الثاني نصف ما زادت قيمته يوم البيع على الثمن الذي وقع به البيع لفواته بالبيع، ولا مدخل في هذه للشفعة بوجه إذ ليس بيعٌ عدّاً فتأخذ حصتها مما بيع وما بقي وتأخذ الباقي

(1) جملتان سقطتا من أ.

بالشفعة، ولا بيع فاسد فيفسخ فتأخذ نصيبها والبقية بالشفعة على مذهب من لا يرى صحة عقده مطلقاً وضمانه من البائع ولا يفيته بيع ولا غيره. وهو شاذ في المذهب وقال به جماعة من العلماء. وإنما هو بيع صحيح جرى فيه غبن فكان من حقهم رد الغبن ما لم يفُتْ، على اختلاف بين العلماء فيه فقيل: يمضي بالبيع ويوفي المبتاع تمام القيمة يوم البيع ولا يرد ولو لم يفت، وقيل: يمضي منه بقدر الثمن على قيمته يوم البيع ويرد الباقي. وهذه الأقوال قائمة في العتبية لابن القاسم وسحنون في سماعه وسماع أبي زيد، ولها فيها نظائر بردّ النصف المردود إنما يرجع للقائمة بملك حادث لا بالملك الأول فلا شفعة لها على المبتاع لا في بقية ولا في سائر [242 أ] المبيع ولا له عليها فيه شفعة بصفقته المتقدمة، إذ ليس ببيع صريح لأن البيع الصريح ما تراضى عليه المتبايعان والمشتري الأول مغلوب على إخراج الحصة من يده فهو بيع من جهتها لكونها أخذت باختيارها ونقض بيع في حقه لكونه مغلوباً عليه. والقول بأن بيع الغبن يفيته البيع واضح لأنه إذا فات البيع الفاسد وهما مغلوبان على فسخه، وقيل لا يمضي فيه بيع فأحرى بيع الغبن إذ لا ينقض إلا باختيار أحدهما.

وفي المدونة وغيرها: في الذي يخطىء على نفسه في بيع السلعة مرابحة فيبيعها بأقل مما اشتراها به خطأ منه يرجع فيها إن كانت قائمة ويفيتها ما يفيت البيع الفاسد. وهي مشبهة لهذه المسألة لأنه غبن جرى على البائع في بيع سلعته كما جرى على البائع غبن في بيع سلعته. ولا فرق في الغبن في البيع على الأيتام إذا باع الوصي ولا ما باعه الوكيل لنفسه في وجه الحكم في ذلك على من يقول يرجع بالغبن.

قال ابن رشد: وقد أعيد عليّ هذا السؤال وفيه التزام مشورة رجلين فأبى أحدهما وهو الشريك في الأملاك من التزام المشورة فباع الوصي بمشورة الآخر خاصة.

فأجبته بأن ما يفعله الوصي بمشورة أحد الرجلين دون أن يُفْردَ بها غير جائز وإن لم يكن غبن وللقائمة الرجوع في حصتها أجمع ولا تفوت بالبيع.

وسئل أبو الحسن عمن توفي وترك زوجة ومحجورتين بوصي فباع الوصي ضيعة لدين على الميت فقامت الزوجة تطلب الشفعة بنصيبها فيها، وكيف لو قالت: بعت ما فيه منفعة وتركت ما هو أقل منفعة، فهل لها متكلم؟ وكيف لو بيعت بثمانين فقام قائل فقال: أنا آخذها بمائة وعشرة أو تساوي هذا القدر؟ وكيفِ لو قال أحد الورثة: نعطي ما يقابل نصيبي من الدين ولا أبيع وخالفه بقيتهم وقالوا: نبيع من التركة ما يقابل الدين؟.

فأجاب: ما باعه الوصي مطلق اليد من ربع الميت في دينه ماضٍ إذ لا بد من بيعه للدين وللميت بيع والميراث في ما بعد، فلا شفعة لهم في البيع لا زوجة ولا غيرها ولا اعتراض على الوصي في ما باع من الربع ولا مشورة لهم إذ أقامه الميت لبيع الشركة وقضاء الدين وهو مأمون، وإنما لهم أن يقولوا: لا نبيع ربع ولينا ونؤدي الدين من أموالنا إذا اتفقوا عليه، ولو اختلفوا سقط قولهم وليس لهم مقال في أنه لا يباع من الربع إلا ما لا يرغب فيه إذ الدين أحق بما فيه رغبة لأجل عدم التراخي في قضاء الدين. ولو بيع ربع معين وهو قدر الدين أو أقل فلا شركة فيه لوارث وإنما مقالهم في المحاباة فيه، فإن كانت فلهم القيام ونقض البيع وإذا باع بما يساوي فلا مقال لهم.

وأما القائل: أنا أشتري بعشرة ومائة ما باع بثمانين فإن كان كذلك عند الناس يساوي قد بانت محاباته وتفريطه أو جهالته وكله غير جائز.

وسئل عمن باع ثلثه الموصى له هل فيه شفعة أم لا؟.

فأجاب: لا شفعة فيه لأحد وكأن الميت باعه.

وسئل: عمن أشهد على نفسه أنه باع ربعاً من زوجته وبعضه مشاع ولم يذكر حضور زوجته وقت الإقرار ثم بعد هذا باعت هذا الربع غير المشاع، فهل يؤخذ بالشفعة في المشاع ببيعها هذا الربع أم لا؟.

فأجاب: أما من جهة بيع المرأة لغير المشاع فلا شفعة إذ لم يقم دليل على شرائها للمشاع ولكن له الشفعة من حيث إقرار البائع بالبيع ومداومته على ذلك

إن ثبت ذلك بعدلين أو مع يمين القائم بها مع العدل وتكون عهدته على البائع لأنه أثبت شراء المرأة فتكون عهدته عليها.

وهذا وجه يطعن فيه على هذا الجواب إذ لا يدري على من تُقرَّر عهدته، لكن الطعن ضعيف لخفّة الغرر لأن عهدة الشفيع على المشتري وهي للمشتري على البائع فإذا لم يوجد المشتري طلب البائع وقد يكون فيه [242 ب] غرر لكنه غير معتبر.

قلت: تقدم في مسألة السلم: إذا لم يرض فلان فالسلم عليك وأنهم أخذوا منه أن الذمم متقاربة.

ومثله في كتاب المساقاة: إذا عامله إلى أجل فوجده مفلساً لا مقال له بخلاف كتاب الحوالة إذا غره من فلس، وفرق عبد الحق انظره. لكن قاعدة المدونة: إذا لم يثبت البيع إلا من جهة البائع فلا شفعة فيها إذا اختلف البائع والمشتري في كثرة الثمن وقلته فقال يتركان بعد التحالف ثم ليس للشفيع أن يقول آخذها بالأكثر ولا ترد لبيع ولا شفعة حتى يتم البيع فتصير العهدة على المبتاع، وهي هنا على البائع. وكذلك في العيوب وفي الاستحقاق وغير ذلك إلا أن يقال إن البيع في هذه الأشياء قد قطع بعد تمامه بخلاف المسألة المفروضة فلهذا أوجه.

وسئل ابن البراء أو غيره عمن له دار فيها شريكتان إحداهما بكْرٌ والأخرى رشيدة واتفق حال الرشيدة والمحجورة على بيع الدار ووافق الشريك على ذلك فنودي عليها أياماً ثم ادعى على زوج الرشيدة أنه اصطلح مع خال المحجورة وأمر برفع النداء عليها فقدّم الشريك المشتري إلى القاضي ليأمر ببيع الدار فأقام المشتري شاهداً على ذلك، ثم ادعى زوج الرشيدة أنه اشترى نصيب المشتري منه وطلبوا يمينه ثم أسقطوها عنه وأراد زوج الرشيدة أن يأخذ للمحجورة بالشفعة لأنه من النظر وقد زاد ثمن الدار الآن وأن يسلفها ما تأخذ به. فزعم المشتري أنها لا مال لها ولو قيم عليها لم تسقط شفعتها لعدمها وإذا تسلفت بيع عليها فهي تشفع لبيع والشفعة لوقوع الضرر بيّن لنا الجواب في ذلك؟.

فأجاب: المولى عليه والصغير المهمل عن الوصي لهما المقام على شفعتهما وإن طال ما لم تمض سنة بعد رشدهما. وإذا قام المشتري وشفيعه في ما ذكرت رفع إلى القاضي نظر لهما في الأخذ أو الترك ويستعين في ذلك بذوي الرأي. وهذا قول مالك وأصحابه في المدونة وكتاب ابن المواز. فمسألتك إذا رفع فيها للقاضي ووجد من يسلف المحجورة والتزم أن لا يبيع عليها للسلف حتى يفتح عليها من هبة أو عمل يد أو غلة أو غير ذلك وأحضر الدنانير فيؤخذ لها حينئذ بالشفعة إلا أن يتبين من السلف قصد الضرر فلا يمكن من ذلك.

ومسألة عتق أحد الشريكين نصيبه من عبد وهو معسر ثم أيسر مفترق من الشفعة لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شركة له في عبد وله مال قوّم عليه» فأوجب القيمة على من له مال ونفاها عن المعدم لم يتعلق لشريكه عليه حق. وحق الشفيع متى قام به أو قيم عليه ومعه الثمن بشراء أو سلف أو إيهاب أو غيره فله الأخذ بها ولو لزم الإسقاط لعدم الصغير للزم مثله في الكبير إذا مرتْ به حالة إعسار ثم أيسر لسقطت لأنه لو قيم عليه حينئذ لسقطت شفعته. وهذا لم يقله أحد من أهل المذهب في ما علمت. ولو علم القاضي باشتراء المشتري فلم يأخذ بالشفعة فهو كفعل الأب والوصي والخليفة يمضي عليها وليس له الأخذ بالشفعة بعد ذلك.

وسئل البرقي عمن توفي عن دار وحانوت وعروض وأوصى بثلث ماله المعيّن وله ولد أسر قبل موته بنحو ثلاثة أعوام فقام الموصى له وأثبت الوصية وبيع من التركة ما يخشى فواته وأوقف الثلثان من ذلك بعد أخذ الوصية، ثم توفي الموصى له وقام ورثته وبيع لهم بقية العروض وأوقف ثلثا ثمنها للأسير أيضاً ثم قاموا وباعوا نصيبهم من الحانوت والدار فأراد القاضي الأخذ بالشفعة للأسير وقد انقطع خبره وأوقفه المشتري بأنه لا يتحقق حياته ولا يرثه عاصب معين إذا ثبتت وفاته فكيف يؤخذ بالشفعة؟.

[243 أ] **فأجاب**: إذا ثبتت المصلحة للغائب في بيع أو ابتياع وتوجهت عند الحاكم أو أخذ شفعة أو عدمها فله أن يفعل من ذلك ما تقتضيه المصلحة من استشفاع أو إسقاط ولا حجة لمن نازع في ذلك.

قلت: هذا على ما وقع في القسمة من مسألة النقص أن السلطان يشتريه له، وهو ظاهر بعض مسائل كتاب العيوب من قوله: يوقف له الثمن، وعلى مسألة يترادّان الأثمان أينما لقيه لا يعرض له أحد في طلب حقه. وهذا هو الذي عليه العمل. وفرق اللخمي بين ما يخشى فواته أو هلاكه أو لا، وحكى المتيطي في القيام في حق القرابة خلافاً فانظره.

وسئل ابن البراء عمن أوصي لهم بوصية فباع أحدهم نصيبه منها وعاوض الآخر بربع آخر وتماسك الثالث وقام بالشفعة في البيع والمعاوضة، فهل فيه شفعة أم لا؟.

فأجاب: فيه الشفعة[1] إلا أن يُثبت المعاوض أن ذلك وقع ليجمع أو يكثر ولا يخفى ذلك من القرائن. وأما أهل الوصايا فجعلهم العلماء كأهل سهم وللورثة الدخول عليهم وجعلهم معهم كالعصبة مع ذوي السهام لقوة سبب الورثة، وهو قول ابن القاسم وعلى هذا العمل ولا دليل عليه إلا ما كان عليه من الدين وحسن النظر، نفع الله به.

قلت: إذا اجتمع ذو سهام وعصبته وموصى لهم أحفظ فيها أقوالاً حكاها اللخمي وغيره، والمشهور دخول ذوي السهام على العصبة والموصى لهم ولا ينعكس، انظره.

وسئل أبو محمد عن شريكين في جنان بالسوية عاوض أحدهما بنصيبه رجلاً آخر بشقص جنان جاف له فالشفعة بضميمة بعض جنان الآخرين وفي الشفعة في المعاوضة بالربع اختلاف فقيل لا شفعة فيه.

وسئل السيوري عن شريكين في دار باع أحدهما نصيبه منها بجنة، فهل فيها الشفعة أم لا؟ وإذا وجبت هل بقيمة الجنان أو الشقص؟ وهل تعتبر قيمة ذلك يوم الصفقة أو الأخذ؟.

فأجاب: له الشفعة بقيمة الجنة يوم المعاوضة.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

قلت: تقدم إذا صالح بسدس دار عن شقص في أجزاء على الإنكار، وأخذ عياض منه أن الشفعة في المناقلة على إحدى الروايات في منع ذلك جملة على أي وجه كان التعاوض، وهي رواية ابن القاسم في العتبية والواضحة، كان المتناقلان شريكين في الأصلين أو في أحدهما أو لا. وقيل: في هذا كله لا شفعة كان ما ناقل به له فيه شرك مع المشتري أو مع غيره، وهي رواية ابن القاسم وأصحابه. وعن مالك وربيعة وغيرهما من المدنيين إذا قصدوا المناقلة والسكنى دون البيع. وذكر الأخوان عن مالك: أن المناقلة التي لا شفعة فيها أن يبيع حصة من شريكه بأصل آخر له فيه معه شركة أيضاً ليوسع من حصته بما صار له من حظ شريكه، فلا تكون المناقلة على هذا إلا بشرط شركتهما في الأصلين المناقل بهما، وهذا بَيّنُ الوجه في إسقاط الشفعة ظاهر من الفقه.

وقال مطرف بإسقاط الشفعة إذا كانت شركة، وإن كانت من جهة واحدة وفي المبيع الواحد فتسقط في الجهة التي أخذ من شريكه ليوسع به في منزله دون ما دفع ما لم يكن للآخر فيه شركة، وهذا قريب في الظهور والفقه من الأول لكن له أيضاً وجه صحيح إذا لم يقصد المبايعة.

قلت: فيتحصل من كلامه في المناقلة أقوال، انظرها في التنبهات.

وسئل اللخمي عن محجور بوصي غاب ثلاثين سنة ثم مات وصيه وللمحجور نصيب من ضيعة بقي في يد أخيه ثم باع أخوه حظه منها، فهل يؤخذ بالشفعة للمحجور فيقوّم القاضي ذلك ويدفع ثمنه من مال موقوف له من فاضل غلته؟ وهو نظر بالبينة شهد به وليس في إيقافها منفعة.

جوابها: لا تصح الشفعة إلا بوكالة من الغائب، وليس في ما ذكرت ما يتوجه له به الأخذ بالشفعة.

وسئل السيوري عمن اشترى ربعاً بالبادية [243 ب] شفيعه امرأة فسلم لها في ذلك وذكر في الرسم أنه يسلم لها جميع ما اشتراه من أختها بتسعة دنانير، وبقي من الربع فدان فذكر أنه غير داخل في الوثيقة، أي: سلمتُ لها جميع ما اشتريته من أختها بتسعة دنانير وبقي من الربع فدان نذكر أنه غير داخل في

الوثيقة، أي: سلمت لها جميع ما اشتريته من أختها في مكان معلوم وحدّ معلوم، فهل في هذا الفدان تسليم أم لا؟.

فأجاب: ذكرت في السؤال أن التسليم وقع في مكان معلوم وحدّ معلوم فإن كان الفدان غير المكان المسلم فلا يدخل في التسليم.

وسئل المازري عمن اشترى ثلاثة أخماس دار من امرأة فأراد أخوها الأخذ بالشفعة بالخمسين فقال المشتري: مالك ما ترد به وإنما تريد أن تشفع لتبيع أو ترد لأختك، فقال هو وأخته بل عنده ما يرد، فهل له شفعة أم لا؟.

فأجاب: له الشفعة ولو تسلف ما يرد به حتى يثبت أنه يرد ليبيع فيحلف فيه.

قلت: إذا اتهمه، يتخرّج على مسألة الصدقة إذا اتهم حلفه.

وسئل ابن أبي زيد عمن باع شقصاً من دار ثم بعض الشقص الباقي من غير الأول وبقي كله في يد البائع فسكت المشتري الأول ثم قام يريد الشفعة.

فأجاب: لا شفعة له بسكوته أكثر من سنة ولا عذر له بقوله رأيتُ البائع يغتلّ ويحوز.

قلت فيها: إن علم بالشراء ولم يطلب شفعته سنة لم يقطع ذلك شفعته ولو كتب شهادته في الشراء، ولم ير مالك الشفعة أشهراً ولا السنة بكثير إلا أنه إذا تباعد كهذا حلف ما وقف تركاً للشفعة فإن جاوز السنة بما يعد به تاركاً فلا شفعة له. اللخمي في المدونة: السنة قريب. وروى محمد: إن مضت السنة فلا شفعة. ابن بشير: ما قارب السنة داخل فيها. أصبغ: هو على شفعته الثلاث سنين ونحوها.

وروى الأخوان: في حاضر قام بشفعته بعد خمس سنين وربما قيل له أكثر من ذلك، فقال: ليس هذا طويلاً ما لم يُحدث المشتري بناءً أو غيره والشفيع حاضر جل هذا إلا أن يقوم بحدثان ذلك. ولابن شعبان عن ابن وهب: إن علم بالبيع فسكت فلا شفعة، وقال أيضاً: هو على شفعته أبداً ما لم يوقف ورأى

سقوطها يمضي مع الغائب أنه لو كان له غرض فيها لأخذ، والناس مختلفون منهم ذو الحرص واليُسرْ بالناس، وكونه لو كان له غرض في الأخذ لم يؤخره إلى تلك المدة فهذا يسقط بدون السنة، ومنهم من ذوي التراخي في أموره والعسر بالنّاض ويرجو الثمن لوقت آخر فلا تسقط شفعته مثل هذا، انظر بقيته.

وزاد ابن يونس عن غير ابن ميسر: إن أشهد الشفيع على المبتاع أنه على شفعته فهي له ولو طال ذلك إلا أن يوقفه السلطان ويشهد عليه فلم يأخذ فلا شفعة له.

وحكى ابن رشد في الحاضر الساكت العالم بالبيع أربعة أقوال: بمضي سنة أو غيرها بما تكون به الحيازة أو لا يسقط حتى يتركها انظره. وزاد في المقدمات عن ابن الماجشون: أنه يقول بثبوتها إلى أربعين سنة ثم رجع إلى عشر.

وفي سماع ابن القاسم: إن شهد الشريك في بيع شقص شريكه ثم بدا له بعد عشرة أيام ونحوها في الأخذ بالشفعة فله ذلك، وأشدّ عليه أن يحلف ما كان ذلك منه تركاً لها. وفي سماعه: إن قام بعد بيعه شريكه حظه شهراً أو شهرين لا يطلب ثم بدا له فله الأخذ ما لم يتطاول، والشهران قريب، ولا يمين عليه إلا أن يأتي من ذلك ما يستنكر من التباعد فيحلف. ابن رشد: تحصيله إن لم يكتب شهادته وقام بالقرب كالشهرين فله الشفعة دون يمين وإن لم يقم إلا بعد السبعة أو الستة على ما في المدونة فله ذلك بعد يمينه وإن لم يقم إلا بعد الشهرين سقطت شفعته. وحكى الباجي عن أصبغ: هو على شفعته السنتين ونحوهما.

قلت: [244 أ] هو جري على أصله في بُعد مدة انقطاعها قال: إن قلنا بالسنة، فعن أشهب بغروب الشمس من آخر أيام السنة يبطلها، وهو إجراء على أصله في أيام الخيار إذا ذهبت وعلى ما في المدونة لا بد من التلوم بما يُعدُّ به تاركاً.

قال شيخنا الإمام: في قول ابن رشد إذا مضى شهران لمن كتب شهادته بطلت، خلاف ظاهره.

ابن رشد عن ابن عبد الحكم: إن قال لا علم لي مع حضوره قبل قوله بيمينه ولو بعد أربع سنين. زاد الباجي عن محمد: الأربعة كثير ولا يصدق في أكثر منها. وفي الطرر: إن علم كذبه في دعواه جهل الشراء سقطت شفعته كرؤية حرث المبتاع وإصلاحه شيئاً في الدار[1] وكذا المرأة المتصدقة ومثلها لا يخفى عليها.

وفيها: وإن كانت الدار بغير البلد الذي هما فيه فهو كالحاضر. أبو إبراهيم عن بعض الشيوخ: هذا على القول بأن الخصومة حيث المطلوب، وفيها خمسة أقوال هذا وحيث الملك لابن الماجشون، وحيث البينة في المدعى فيه، والرابع عند أعدل القضاة والخامس حيث المدعي وهو بعيد ولم أر فيه نصاً.

قلت: تقدم الكلام فيها وأنها في القسمة.

وسئل ابن أبي زيد عمن له شقص في جنة وأخوه شركه فيها فتزوج بهذا الشقص فقام أخوه بالشفعة ولم يعلم قيمة الشقص أو تجاهلاه.

فأجاب: على الشفيع قيمة الشقص يوم وقع به النكاح فإن لم يجدوا من يعلم القيمة يومئذ فالقول قوله مع يمينه أن قيمته يوم النكاح ما يذكر إن أشبه وإن تجاهلا القيمة حلف الشفيع أنه ما يعلم قيمته يوم وقع النكاح ولا شفعة بينهما.

قلت: في يمينه نظر لأن اليمين لوقوع النفع بها وهذا لا نفع له بها لأن الأخذ بالشفعة لاختياره فإذا بطلت شفعته للجهل فلا فائدة ليمينه. وكذا وجدت هذا الجواب منه عليه في الحاشية انظر وتدبر.

وفيها: من ادعى حقاً في دار بيد رجل فصالحه منه فإن جهلاه جميعاً جاز ذلك وإن عرف المدعي دعواه منها فليسمِّهِ وإن لم يسمِّه بطل الصلح ولا شفعة فيه.

قلت: هي كمسألة الصلح والجزاف.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

ابن سهل: من صير حصته عن عدة لا يقف عليها متحللاً منها لا شفعة فيها، من سماع عيسى.

وفي مسائل ابن زرب: إن ادعيتَ عليه أنه قتل دابتك فصالحك على شقص فله الشفعة بقيمة الدابة والقول قولك في قيمتها ولا يكلف صفتها، لأن مالكاً قال في الذي اشترى داراً بعوض فيفوت العوض إن القول فيه قول المشتري ويقال للشفيع: خُذ بذلك أو فدعْ ولم يقل مالك له صِفْ.

قلت: فعلى هذا إنما يقال للمشتري احلف لا للشفيع. وكان يتقدم لنا معارضتها بما في الرد بالعيب والرهون وما تقدم هنا. وكان شيخنا الإمام يقول: إنها ترجع إلى معنى واحد.

وسئل أبو محمد عن شريكين في دار مات أحدهما وخلّف ابنين فباع أحدهما نصيبه.

قال: الشفعة للغائب خاصة فإن سلّم انتقلت إلى الشريك وللشريك الآن الأخذ بالشفعة فإذا وصل الغائب أخذها. وإن عرضت عليه فقال: لا آخذ حتى ينظر الغائب ما يفعل أو يسكت ينتظر وصول الغائب فزال وقت شفعته فذلك عندي تسليم.

قلت: تقدم نظير هذه مثل الولي الأبْعد مع الأقرب إذا زوج الأجنبي والحاضنة القريبة وأبعد منه إذا أسقطت القريبة ونحو ذلك.

ابن عات: إذا لم يقوموا حتى مضت مدة ينقطع فيها بطلت شفعتهم جميعاً القريب والبعيد ولا حجة للبعيد في كون القريب أحقّ منه لأن سكوته عن القيام بها إن كان القريب غائباً أو يوقفه عن الأخذ والترك إن كان حاضراً [244 ب] يسقط حقه.

وسئل عمنّ باع سبعة أثمان دار وشريكته بالثمن امرأة غائبة على مسيرة يومين أو أقلّ أو أكثر مع سرعة السير فقامت بالشفعة بعد ست سنين فوكلت من يطلبها فامتنع من التسليم وبقي يسكن جميع الدار من يوم الشراء إلى الآن، ثم

الآن وقع التمكين من الشفعة وقد كان ضعف بعض البناء فهدمه وبناه وأحدث غرفة في الدار، ثم طلب بكراء الدار والغرفة في النصيب المستشفع به، فهل عليه كراء أم لا؟ وهل تجب قيمة البناء قائماً أو منقوضاً في الغرفة أو الدار[1]؟.

فأجاب: له قيمة البناء قائماً ولا كراء في الغرفة. وأما سكوتها ست سنين ثم طلبها للشفعة فإن علم منها ما يدل على الترك فلا شفعة لها.

ابن عات: عن بعض المتأخرين: المرأة الغائبة على مسيرة يوم لا تنقطع شفعتها لحديث: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا ومعها ذو محرم» والرجل على الشفعة في ميغب الثلاثة الأيام فصاعداً، وأما اليومان فأقل فهو كالحاضر لا بد أن يبلغه الخبر، وانظر في الاستحقاق من العتبية.

قلت: لعله تكلم في الحيازة على غائب قريب الغيبة وجعله كالحاضر في الحيازة عليه في أكثر من هذه المدة انظر العتبية وشرحها في المسألة.

وقيّدتُ عن شيخنا أن المسجون بطلم يُظنُّ أنه لا يوصل إليه كالغائب.

المشاور: وإذا قسم القاضي على غائب قد وجبت له شفعة كمن يشتري شقصاً من دار أو أرض شفيعها غائب فيقسم القاضي ويقدم الشفيع فله نقض القسم والأخذ بالشفعة عند مالك وابن القاسم، وسحنون يقول: القسمة نافذة ويأخذ الشفيع النصيب الذي صار للمشتري بالشفعة، وفي شفعة النكت خلاف هذا.

قلت: قال فيه قد قيل في مسألة ابن القاسم. إذا ابتاع شقصاً له شفيع غائب فقاسم شريكه ثم جاء الشفيع ينتقض القسم لأنه قاسم عن غير حكم ولو رفع إلى الحاكم فالقسم ماضٍ ويأخذ الشفيع ما بقي له في القسم.

قلت: فظاهره أنه له القسم على الغائب ولعله على أحد القولين أن ينظر

---

(1) كامل السؤال ساقط من أ.

له في الأخذ أو الترك فإذا ترك له القسم ولا يأخذ بالشفعة إذا أتى والمشهور أنه لا ينظر له فعليه صوّر بعض متأخري المغاربة.

المدونة: أن تكون هذه الدار بين أربعة إخوة بالميراث فباع أحدهم نصيبه من إخوته الثلاثة بالسوي غاب أحدهم فابتاع البائع من الإخوة نصيب أحد إخوته الثلاثة ورفعوا إلى القاضي وأثبتوا ملكها وقسمت ثم قدم الغائب وزاد فيها مستدلاً إذ لو باعه المشتري كان للشفيع رد بيعه ولو بنى فيه بعد القسم مسجداً فله أخذه وهدم المسجد وإنما أخذه وهدم المسجد لأنه لا يصلح أن يبقى على تشكيله أو إن بناه صار حبساً فيجعل في غيره ولا يقوم. وظاهر المدونة في غير هذا الموضع أن بناء الشفيع شبهة توجب له القيمة قائماً، كما قال في جواب المسألة التي قبلها. وتقدم تخريجه على بناء الشريك في الربع، هل هو شبهة توجب القيمة قائماً أم لا؟ كما قال في جواب المسألة التي قبلها وفيها أقوال انظرها في شرح العتبية.

وفيها: الغائب على شفعته وإن طالت غيبته وهو عالم بالشراء وإن لم يعلم فذلك أحرى ولو كان حاضراً. ابن يونس عن مالك: إلا أن يقدم بعد طول يجهل فيه البيع وتموت فيه البينة فتسقط الشفعة وما قرب مما يرى أن المبتاع أخفى الثمن فالشفعة فيه بقيمة.

الباجي: إذا زال عذر الغيبة أو غيرها فله من المدة مثل ما للحاضر.

ابن عبد السلام: لو قبل العالم في غيبته بالشفعة لا يوسع له في الأجل كان له وجه. قال شيخنا الإمام: هذا نحو قول من اشترط في قيامه إشهاداً مع غيبته أنه على شفعته.

وعن أشهب: وما قرب ولا مؤنة في الشخوص منه على الشفيع هو فيه كالحاضر ولحاكم بلد المشتري أن يكتب للحاكم ببلد الشفيع فيقفه للأخذ أو الترك.

ابن حبيب عن الأخوين: المريض الحاضر والصغير والكبير كالغائب ولهم بعد زوال العذر ما للحاضر سواء علم المريض والغائب بالشفعة أو جهلا.

أصبغ: المريض كالصحيح إلا أن يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة، وهذا يقتضي أن الغائب إنما يبقى على شفعته إن لم يعلم [245 أ] وإن علم فهو يقدر على الإشهاد بالشفعة وإن لم يفعل فحكمه حكم الحاضر، قاله الباجي.

اللخمي: إن كان المريض ينظر في دنياه كالصحيح فهو بمنزلته وإلا فلا.

أبو عمر: من أصحابنا من لا يرى على الغائب إشهاداً ولا يميناً. وذكر ابن عات عن عيسى: أن المريض مطلقاً.

وأما لو كان حاضراً ثم سافر ففيها: إن كان يسافر سفراً يؤوب فيه قبل انقضائها فحاقه أمر يُعذر به فتخلف له فهو على شفعته أم لا؟ وإن كان لا يؤوب منه إلا بعد الانقطاع فجاوزه فلا شفعة له. وقيدتُ عليها أن لفظة «فجاوزه» ليست في الأم وعلى إسقاطها يأتي اختلاف الشيوخ، هل تسقط من الآن أو حتى يجاوز الأمد؟ حكاه في النُّكَت.

وإما إن غاب المبتاع وقام الشفيع ففيها يقضى له بالشفعة ويكون المبتاع على حجته.

ابن يونس عن محمد: فيوكّل القاضي من يقبض الثمن، ومعناه في الغيبة البعيدة. وبهذا احتج ابن عات وابن سهل بوجوب الشفعة على المبتاع البعيد الغيبة مطلقاً. وأفتى ابن القطان بأن لا شفعة عليه إلا أن يغيب غيبة انقطاع، وحكاه أصحاب القول الأول واحتجوا بنصوص رواية المدونة وغيرها.

وحكى ابن يونس عن محمد: إن كان الشفيع حاضراً بموضع الدار وسافر المبتاع بعد الشراء واشتراها في غيبته هو أو وكيله فالشفعة له ولو طالت غيبة المشتري. ولو هدم الوكيل أو بنى أو أكرى بحضرة الشفيع ما لم يكن موكلاً برفع الشفعة عنه ببينة حاضرة علم بها الشفيع فتقطع شفعته بمضي المدة.

وفي المدونة: للصغير الشفعة يقوم بها أبوه أو وصيه، فإن لم يكونوا فالإمام ينظر له ولو كان له جد لم يأخذ له ولكن يرفع إلى الإمام، وإن لم يكن

له أب ولا وصي وهو بموضع لا سلطان فيه فهو على شفعته إذا بلغ. ولو سلم من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصبي لزمه ذلك ولا قيام له إن كبر. ولو كان له أب ولم يأخذ بالشفعة ولم يترك حتى بلغ الصبي وقد بلغ بذلك عشر سنين فلا شفعة للصبي ووالده بمنزلته، ألا ترى أن الصغير لو بلغ فترك أخذ شفعته عشر سنين كان ذلك قطعاً لشفعته.

قلت: استشكل شيخنا الإمام قياسه على الابن لأن فيه ترك أخذ الشفعة وهو يقتضي إسقاطها وفي الأب لم يأخذ ولم يترك وهو أضعف في الإسقاط إلا أن يريد في الوالد أنه أهمل الأمر فلم يأخذه ولم يترك فيصح القياس.

وحكى ابن يونس أن مقدم القاضي كالوصي. عن محمد وابن عات.

وحكى ابن سهل عن أشهب: اختلف قوله في سكوت الوصي مدة تنقطع في مثلها الشفعة، هكذا في المقرَّب.

وعلقنا عن شيخنا أن المقدم أضعف وأن الشفعة قائمة، ويتخرج أحد قولي أشهب، وفي المدونة أقامه مقامه عند فقده، نصَّ عليه في إرخاء الستور، ولا شك أنه في بعض المسائل أضعف منه، نص عليه ابن سحنون في أبواب النكاح. وأما الأب فقد نص عليه فيها أن سكوته عشر سنين يبطل كالولد إذا بلغ.

ابن سهل: قوله عشر سنين يريد أو ما تسقط به شفعة الحاضر السنة والأربعة أشهر فأزْيَد. زاد الشيخ في المختصر عن سحنون: وقيل غير هذا وهو حسن، يريد في سكوت الأب.

قلت: ظاهر هذا أن الأب مختلف فيه أيضاً لا سيما إن كان في الأخذ له نظر ورشد.

وضربْه العشر سنين ـ على عادة المتقدمين بضرب المثل بالأمر الواضح ـ فيثير في ما دون ذلك إشكالاً كقوله في الطهارة ونومه قدر ما بين العشاءيْن طويل. ونحو ذلك ما فهمه ابن يونس إن رفع المشتري الذي شفيعه صبي مهمل

إلى القاضي نظر له في الأخذ أو الترك [245 ب] واستعان بمشورة ذوي الرأي، ولا يؤخر المشتري إلى أن يقوّم له رجل لما فيه من الضرر إلا أن يكون على ثقة من وجود ذلك معجلاً كاليومين والثلاثة، وقاله محمد عن أشهب.

اللخمي: إن بان أن الأخذ له لم يكن نظراً لغلائه أو قصد بالترك محاباة المشتري فللصبي إذا رشد نقض ذلك، واختلف إن لم يأخذ له، والأخذ خطأ، فروى محمد: إن علم تضييع الوصي وأن تركه للأخذ غير حسن ومضى للبيع خمس سنين سقطت الشفعة فرأى الأخذ لها كابتداء شراء ولا يجبر عليه.

ولو بذل رجل لصبي سلعة بثمن بخس فلم يأخذ به وصيه لم يضمن قيمة المال لأنه ليس بواجب. قال شيخنا الإمام: كذا وقع في التبصرة ذكر الخلاف أولاً ولم يذكر غيره.

ولابن فتوح: إسقاط الأب والوصي شفعة ابنه ويتيمه محمول على النظر ولا قيام للصغير إذا بلغ إلا أن يثبت أن إسقاطها سوء نظر وأن الأخذ نظر أو حيطة فيبقى على شفعته ما كان بلوغ الصبي. قيل: معنى ما يسقط لم يكن خلافاً لنقل اللخمي وإلا فظاهره أنه خلاف.

ولأبي إبراهيم إثر نقله قول ابن فتوح: وظاهر الكتاب سواء قاله أبو عمران وهو نص المجموعة بناء على أن الأخذ بالشفعة استحقاق أو شراء.

قلت: لعل هذا القول ثاني قوليْ اللخمي لا سيما أنه قدّم اختياره فلعله جعله قولاً كعادة ابن رشد في عدم اختياره قولاً.

وإن لم يأخذ الوصي بالشفعة ثم رشد في أثناء السنة، ففي الموازية: له تمام السنة من يوم وجبت له الشفعة والمهمل له ابتداء السنة وهل من يوم بلوغه أو رشده؟ قولان مبنيان على أن البلوغ رشد أم لا، وهما في الموازية والواضحة.

وسئل شيخنا الإمام عمن باع جنة لرجلين وبعد انعقاد التبايع بينهما وقبل افتراقهما طلب المشتريان من البائع المذكور أن يتطوع لهما أنه مهما توفي

أحدهما قبل استيفاء ثمن المبيع فإنه يتقاضى الثمن من تركة المتوفى على نجومه، فتطوّع لهما بذلك قبل عقد البيع وقبل افتراق المجلس، ثم استحق رجل شقصاً من الجنة وشفع في الباقي ثم توفي الشفيع المذكور قبل حلول نجم المبيع، فهل يحل الثمن بموته ويأخذ ذلك المشتريان من تركته أو يكون للشفيع من التطوع مثل ما للمشتري؟ وهل ما صدر منه من التطوع بعد العقد وقبل الافتراق ينزل منزلة اشتراط ذلك في عقد البيع أم لا؟.

فأجاب: يحل على الشفيع الثمن بموته ولا تأخير له، وما صدر من الطوع بالتأخير المذكور بعد تمام العقد لا يتنزل منزلة اشتراطه في العقد كالطوع عقبه، وما طاع به من التأخير فغير لازم لأنه إسقاط للشيء قبل وجوبه.

قلت: وانظر لو اشترط هذا في العقد، هل يجوز ذلك؟ لا سيما على مذهب من لا يرى حلول الدين بموت المدين إن كان على الذمة أوْ لا يمضي لأنه لا يدري ما تؤول إليه ذمة المدين فهو دخول على غرر، أو يمضي البيع ويبطل الشرط لأنه من الأمور الخارجة عن ماهية العقد كقوله: إن لم تأت بالثمن وإلا فلا بيع بيننا، وهو من الطواري على العقد فلا تراعى وإلا أدَّى إلى القدح في البيع لجواز موت المدين فيبطل الأجل. وقد تجري على مسألة الرهن إذا حل الأجل ولم يقبضه صار الرهن في ما هو فيه، فتدبر ذلك. فإذا ظهر لك الاحتمال الأول في الصورة المفروضة فلا يلزم تأخير الشفيع كما قال في وصاياها: إن أوصى لعبد نفسه بمال كان للعبد إن حمله الثلث وليس للوارث انتزاعه ويباع بماله [246 أ] ولمن اشتراه انتزاعه.

وسئل شيخنا أبو القاسم الغبريني ـ رحمه الله ـ عمن توفيت وكانت أوصت لعقب ولدها بالثلث فإن لم يعقب رجع ذلك لأخوة لها ثلاثة، ولم ينص على أنه إن توفي أحد الإخوة رجع نصيبه لإخوته، ثم توفي أحد الإخوة بعد أخته بمدة يسيرة ثم توفي الولد بعد خاله بمدة تقرب من عشرين عاماً فهل نصيب الأخ لإخوته أم لا وميراثه عن الوصية؟ وكيف لو باع الولد الموصى لعقبه ثلثي جنة موروثة عن والدته إذ لا وارث له غيرها وذلك منذ عام ونصف فأراد الآن

الأخوان الباقيان الأخذ بالشفعة، فهل لهما ذلك أم لا؟ جوابكم عن ذلك.

فأجاب: إذا مات الولد الموصى لعقبه ولم يعقب رجع الثلث لإخوتها الثلاثة إن كانوا بالحياة ومن مات منهم رجع نصيبه لورثته ولهم الشفعة إن شاؤوا.

قلت: أما استحقاق نصيب الميت أنه لإخوته بعد موت الموصية فواضح لأنه قد وجب له بالموت بعد موت من شرطنا موته بغير عقب حتى لو كان له وارث غير من معه في الوصية أقرب منه كولده فإنه يستحق ذلك منهما. وقد أفتى هذا الشيخ مع شيخنا الإمام بذلك وهو ظاهر ما حكاه ابن فتوح في وثائقه.

وكذا كلامه في الشفعة بعد موت الولد، والفرض في هذه المسألة الواقعة أن الولد البائع لم يزل حياً ولا يحصل لهم ذلك إلا بعد موته، فهل يكون ذلك بمنزلة غيبة الأقرب في الشفعة وحضور الأبعد؟ فإذا تعذر الأقرب هنا لكونه بائعاً وعقبه متعذر فينتقل الحكم للآخرين أو الإخوة، والفرض أنهم استحقوا ذلك على الترتيب بموت الموصية، فإن لم يشفعوا حتى طالت المدة كما ذكر بطلت على ما تقدم في هذه المسألة بدليل ما قال ابن فتوح: إذا كانت الوصية في الحبس للأعقاب على الترتيب فمتى لم يوجد الأقرب فلا يحرم الأبعد في الغلة لئلا يتعطل الحبس أو يقال: إن هؤلاء الآن تعذر أخذهم للشفعة لسبق من قبلهم، فأشبهت حالتهم اليتيم المهمل لا تنقطع شفعته حتى يرشد ويبلغ وتمضي عليه مدة زمن انقطاع الشفعة فلا يكون لهؤلاء شفعة إلا بعد رجوعها إليهم باستحقاق الوصية بالفعل، والأول أقرب للصواب ولزوال الضرر، والله أعلم.

وسئل ابن رشد عن رجلين اشتريا أرضاً وغرسا كرماً، ثم إن أحد الشريكين أشرك أخاه في نصفه ولا علم للآخر بذلك، ثم بعد مدة اقتسما ذلك وأحضرا رجلاً قسماها بنصفين وعدلا بينهما فذهب فجاءت الزيادة على الذي لم يشرك في نصيبه فأمضى له شريكه بالزيادة وأبى أخو المشترك الإمضاء، فقال الشريك: لم أشركك وإن اشتريت من نصيبي فلي الشفعة، فهل تتم القسمة إن تمادى على إبائه أم لا؟ وهل له شفعة أم لا؟.

فأجاب: لا تتم القسمة إلا إذا أبى الأخ، ويشفع على أخي شريكه بما أشركه فيه بالثمن الذي أشركه به إن قاسم أخاه وهو غير عالم بشركته.

قلت: ذكر هنا أن القسمة تبطل الشفعة مع العلم. قال شيخنا تسقط بما يدل على إسقاطها مستحقها نصاً أو ظاهراً أو دليلاً حالياً ما لم يظهر ضد ما يظن الإسقاط لأجله مثل قوله فيها إن أخبرني بالثمن فسلم ثم ظهر أنه دون ذلك فيأخذ ويحلف ما سلمت إلا لكثرة الثمن. وعن أشهب: لا يمين عليه، وظاهره ولو قل النقص كالمرابحة وكنقض الوكيل، على غير اختيار اللخمي على البيع بثمن مسمى بخلاف الشراء للعرف.

وذكر في المدونة مسائل منها السكوت مع الحضور [246 ب] حتى تنقضي المدة لانقطاع الشفعة. وإذا اكترى الشفيع الشقص من المبتاع أو ساومه ليشتريه أو مساقاة في النخل.

وقال ابن الحاجب: تسقط بصريح اللفظ وبمعناه كالمقاسمة والسكوت وهو يبني ويغرس ويهدم وكذا شراؤها ومساومتها ومساقاتها واستئجارها خلافاً لأشهب.

وفي بيع الحصة المستشفع بها قولان، ثم ذكر بعض ما تقدم وعندي أنها تقرب من باب الخيار فكل ما يدل على الرضى فهو كذلك هنا خلافاً ووفاقاً، ومنه الرهن والجناية. وفي البيع القولان كما تقدم في الخيار.

وأجاب ابن رشد عن مسألة وهي: من باع شقصاً بثمن إلى أجل على أن يتحمل المشتري عن الشفيع بالثمن لأن له شفعة، إذ لعل الشقص لا يساوي الثمن، فإذا لم يشفع لم يجد عند المشتري وفاء بالثمن عند حلول الأجل والحمالة كالقرض لا يجوز أن يأخذ عنها عوضاً ولا يجرّ نفعاً.

وتقدم هذا المعنى من المسألة التي أشرت إليها لأن الحميل هنا يحمل لغريمه وهناك يحمل به لا له والجامع جرّ النفع بالحمالة إليه في الموضعين، وفي مسألة العتبية أحق بأخذ السلعة بعينها الذي تحمّل بقيمتها.

قلت: فيها: من ابتاع شقصاً بثمن إلى أجل فللشفيع أخذه بالثمن إلى ذلك الأجل إن كان ملياً أو أتى بضامن ثقة ملي. وإن قال البائع للمبتاع: أنا أرضى أن يكون مالي على الشفيع إلى الأجل لم يجز لأنه فسخ ما لم يحل من دينه في دين. وإن عجّل الشفيع الثمن فللمبتاع قبضه ثم ليس عليه أن يعجله للبائع وليس للبائع أن يمنعه من قبض الدار.

فقوله: وأتى بضامن ثقة ملي، قيدنا فيه، انظر هل ملاؤه مثل ملاء الأول أو ولو كان أقل. ونقل أبو عمران عن أشهب أنه يكون مثل ملاء الأول ونحوه. وعن محمد: وإن كان ملاؤه أقل من ملاء المشتري. وظاهر المدونة إن كان ملياً فلا حمالة عليه وهو في سماع عيسى عن ابن القاسم خلافاً لأشهب.

ابن رشد: واختلف إذا اشترى برهن أو حميل فقيل: لا شفعة إلا أن يأتي بالرهن والحميل، وقيل لا يغرمه إن كان ملاؤه مثل ملاء الحميل[1] إلا أن يكون أعدم منه وإذا عجز عن الحميل عجزه السلطان قبل محل الأجل فلا شفعة له. واختلف إذا حل الأجل فعن مطرف وغيره يستأنف من الأجل مثل ما وقع العقد عليه، وعن أصبغ لا يأخذ إلا بالثمن نقداً، والأول أظهر.

وسئل اللخمي عن الشفعة في المعصرة.

فأجاب: إن كانت مما ينقسم على الأنصباء الشفعة وإن لم ينقسم فاختلف قول مالك فيها.

وسئل عن سبعة لهم نهر فيسقي كل واحد منهم أرضه به وفي نصيبه، ونصيب كل واحد منهم يوم فباع أحدهم أرضه المعينة له ونصيبه من هذا الماء، هل في ذلك شفعة أم لا؟ وكيف لو كان باع نصيبه من الماء خاصة، هل فيه لبقية الشركاء شفعة أم لا؟ والمسألة في المستخرجة، ولم تكن في الأراضي شركة لكن كل واحد يحتاج إلى سقي هذا الماء.

فأجاب: تقدم جوابي عنه وأنه لا شفعة في الماء إذ الأرض إنما تحيى

---

(1) جملة سقطت من أ.

بالماء معها ولولا هذا ما اشتُريت فأخذ الماء وحده مضرة وهلاك للحائط أو يتكلف شراء ما فيه مشقة عليه. وقد قالوا في عبيد الحائط إن فيهم الشفعة مع الحائط لما فيه من مصلحته والماء أعظم من عبيده ودوابه.

وأجاب أيضاً عن سؤال لم أقف عليه: أما مسألة حريم البئر إذا قسمت الأرض ومسألة المستخرجة فهما واحد وهو اختلاف قول.

وعن ابن القصار: اختلف قول مالك في البئر وإن لم يكونوا شركاء في الأصل المسقي به وهذا إذا باع نصيبه من الماء وما صار له من النخل والأرض ولا شفعة له في الماء [247 أ] لأن الماء به حياة ذلك القسم فإن باعه بانفراده على غير ماء فله الشفعة، قاله في المدونة. ومسألة الشفعة إنما تكلم على قسمته بالتلدد ولم يتكلم على الشفعة وتكلم عليه أول المسألة بأن لا شفعة فيه[1]. وأما عدم الشفعة في البئر إذا قسم الأصل المشترك لأن المعروف لمالك في ما ينقسم وتضرب فيه الحدود وفيه جاء الأثر وليس البئر مما تعرف فيه الحدود. واختلف قوله في ما لا ينقسم من الدور وغيرها فوجه الشفعة للمضرة المدركة للشفيع ووجه عدمها ظاهر الحديث. فإذا كانت البئر عليها جنات فقسموا الأرض ثم باع أحدهم نصيبه من الأصل بمائه فلا شفعة فيه لأحد طلبها ولا يجبر على بيع النصيب من الماء جملته للمضرة الداخلة عليه في بقاء نصيبه بغير حياة، وإن لم يكن لواحد جنات فيستحسن الشفعة.

ووقع لمالك في المستخرجة: في العين الشفعة، وجعل أصحاب كل قلد[2] يتشافعون فيه دون غيرهم من الشركاء ممن ليس له في ذلك القلد شيء، وجميع ذلك عندي معيب وأختار في العين أن لا شفعة فيها لظاهر الحديث: «إن الشفعة في ما تعرض فيه القسمة والحدود» والعين ليس كذلك. ولما تقدم أنه قد يريد بعض الأشراك بيع نصيبه فيؤدي إلى إخراج المشترك فيه على أيدي أربابه وليس كذلك الماء لأنه ينقسم ويتصرف كل واحد في نصيبه كيف شاء.

---

(1) كذا وردت الجملة بالأصلين.

(2) القلد: مجتمع الماء.

اللخمي عن ابن شعبان: من قال من الصدر الأول لا شفعة لشريك في مشاع لا يُسكن، وروي ذلك عن مالك وقاله الشعبي. فعلى هذا لا شفعة في حمام ولا فندق ولا فرق في كل شيء يُرَاد للغلة ولا يسكن. وإن قسمت بيوت الدار دون مرافقها من ساحة أو بئر وماجل وطريق ثم باع أحدهم حظه من بيوتها بمرافقها التي لم تقسم فلا شفعة في ما قسم ولا ما لم يقسم لأنه من منفعة ما قسم. وإن باع حظه من تلك المرافق فقط لشركائه رد بيعه إذا كان يتصرف إلى البيوت لأنه ضرر بهم. وإن أسقط تصرفه فيها وصرف في بيوته إلى مرافق أخر فإن باعها من أهل الدار جاز ولبقية الشركاء الشفعة على أحد القولين في الشفعة في ما لا ينقسم، وإن باعها من غير أهل تلك الدار كان لهم رد بيعه لأن ضرر الساكن أخف من ضرر غيره إن لم يجيزوا بيعه ويأخذون بالشفعة.

وعن ابن القصار: اختلف في الرواية في الشفعة في ما لا ينقسم كالحمام والبئر والرحبة والطريق ولم يبين كيف صفة البيع والعقد فيه ما تقدم.

ابن عات: إن كانت دارٌ بين رجلين منقسمة بينهما فباع أحدهما نصيبه لئلا ينقسم أن الشفعة فيه لأنه من أصل منقسم. والجدار بين الدارين يبيع أحدهما داره بما يستحقه منه، فعن ابن القاسم: فيه الشفعة، وأصل أشهب أن لا شفعة لأنه منع قسمة وإن حمله القسم وقال يبقى مرتفقاً لهم، وقد قال في الماجل: يبقى مرتفقاً لهما ولا يقسم وإن حملها ولا شفعة فيه.

وعلى هذا تجري مسألة ابن رشد: إذا باع داره من ذمي فيها بئر مشترك بينه وبين جاره المسلم فعلى أصل ابن القاسم فيه الشفعة لجاره المسلم كالحائط، وعلى أصل أشهب فلا، وبه أفتى ابن رشد وتقدم من قوله فيه: إنه لا تضره شركة الذمي في مائه لكثرته.

وحكى في الأحكام لعبد الحق من طريق الدارقطني عن عثمان عنه عليه الصلاة والسلام قال: «لا شفعة في بئر» وبعضهم أسنده والموقوف أصح. وفي سنده يزيد بن عياض وهو ضعيف.

ابن عات عن ابن سهل لابن القاسم من رسم المكاتب من كتاب السداد:

إن الرحى إذا بيعت من أصلها فإن في الأرض والبيت الذي وضعت فيه الشفعة [248 ب] بما ينوبها من الثمن. وقوله: أن لا شفعة في ذلك هو على قياس مذهبه أن الشفعة لا تكون إلا في ما ينقسم، وإنما أوجب الشفعة في الرحى في المدونة مراعاة لمن يوجب فيها القسمة إذ قد تقع فيها الحدود إن قسمت إذا لم يختلف قوله في ما علمت أنه لا شفعة في ما لا ينقسم بحاله كالنخلة والشجرة لأنه من جنس ما ينقسم. وجرى العمل عندنا في الرحى الشفعة وإن لم تنقسم، وهو مذهب ابن القاسم والمدونة وهو خلاف قول مالك في القسمة لأنه يوجبها وخلاف أصل ابن القاسم في الشفعة أنها لا تجب على أصل مذهبه وهو نص قوله في هذه الرواية.

وانظر على أصل ابن القاسم، هل يقسم الحمام القائم والرحى القائمة؟ وإن كان في أصلها إبطال لها إذا كان لكل واحد منها أن يعمل في حظه الذي يصير له من الحمام حماماً، والأظهر أن ذلك لا يجب على مذهبه ولا يراعى فيه على مذهبه نقصان الثمن في موضع آخر.

عن المشاور: ولا شفعة في الأرحاء، وهو قول مالك في موطئه ورواية ابن عبد الحكم لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» فهذا دليل على أن الرحى لا تقسم ولا يقع فيها حد ولا يفشع في الرحى ولا في سدها ويشفع في البيت ولا يمنع صاحب البيت صاحب الرحى من محط وارديها ودخول الطحانين إليها لأنه حق ثبت للرحى قبل البيع وذلك من منافعها وسواء بقيت وحدها أو مع أرض هي فيها أو في غيرها ويخرج بقيمتها من ذلك. ثم كتبها إليه فكتب بيد خطه: لا شفعة في الرحى إذا لم تقسم لا في بيتها ولا في سدها ولا في محط واردها ولا في حجارتها ولا في قنواتها، واحتج بما تقدم من حجته. وكان هذا أشبه من قوله الأول.

قلت: منهم من حكى الخلاف مطلقاً في العليا والسفلى، وقيل في السفلى خاصة وأما العليا فهي حجارة ملق فلا شفعة فيها انظرها.

وفيها: ليس في رحى الماء شفعة وليست من البناء وهي كشجر ملقى ولو

بيعت معها الأرض أو البيت الذي نصبت فيه ففيه الشفعة دون الرحى بحصة ذلك وسواء أجرارها أو الدواب.

ابن عات: الوجه الذي أراد ابن القاسم في الشفعة في الأرحية إنما ذلك إذا كانت قد أخرجت عن مجرى الوادي إذا كسر إلى ناحية منها وأمن أن يقلعها سيل، وهي حينئذ عنده بمنزلة الأرضين والدور. وكذا فسره مالك. فإن كانت في مجرى الوادي فهي غير مأمونة ولا شفعة فيها لأنه لا بد أن يقلعها الوادي فيبقى الماء وليس في الماء شفعة ولذلك رأوا الشفعة في أرحية الأنهار المأمونة مثل الدموك[1] وشبهها.

وهذا هو الوجه فيها إذا كان النهر كبيراً لأنه إذا ذهب لم يكن في قاعتها ما يجري فيه حجر ولأن كل رحى يجري إليها الماء إذا ذهبت بقيت النفقة والبيت ففيها الشفعة على حكاية ابن القاسم.

ولبعض الشيوخ المتأخرين: أنه رأى الشفعة في الدموك التي على الأنهار الصغار إذا كان معها أرض وإن زالت الرحى ففي موضعها من الأرض. وأما أرحية الأنهار الكبار التي تنصب في بطون الأدوية فلا شفعة فيها لأنها إذا زالت عاد موضعها وادياً وأراه على قول يحيى هذا.

ابن سهل: في شفعة على غائبين أحدهما بشرق الأندلس والثاني بغرب المغرب، فعن ابن عات: يحلف القائم بالشفعة إنه ما ترك القيام في الأخذ بالشفعة ويحكم على الغائبين بها، فإن كان لهما وكيل يقبض لهما ما يجب قبضه أسلم ذلك إليه، فإن لم يكن لهما وكيل وقع ذلك على يدي عدل وترجى الحجة لهما.

فأجاب ابن القطان: الذي رواه ابن القاسم عن مالك [248 أ] أنه لا يحكم على غائب في دور ولا أرض ولا عقار. وقال أصبغ: إلا أن تكون غيبته بعيدة مثل العدوة من الأندلس ومكة من إفريقية فأرى أن يحكم عليه إذا كانت غيبة

---

(1) الدموك: الرحى سريعة الطحن.

انقطاع، ولو خرج حاجّاً أو تاجراً وهو ينظر فلا يحكم عليه، وهو معنى ما في المدونة.

وعن بعض أصحاب مالك: إنه لا يحكم على غائب في شيء إلا بعد ضرب الأجل على قدر مسافة البلد الذي هو به ولا يضرب الأجل حتى تقرب الغيبة ويعرف أين هو، ويحلف على ذلك الخصم الذي يطلبه لأن ذلك من إيجاب ما يطلب. وإن كان أعياه أمره بعد طول الاستيناء وضرب الأجل على أطراف البلد وأقاصيها حيث تكون المطالب التي لها وجه وليس له أن يضرب على الصين ومن وراء البحار وما هو ناء من الأرض ومنها ما يطول ويقصر وكل يوجد الرأي فيه عند حضوره ونزوله. وهذا القائل ممن يرون القضاء على الغائب في الأصول وغيرها بنداء الشرط المذكور. وقول أهل العلم بهذا مسطور مشهور عندهم في الكتب المعلومة.

ولما بلغ ابن عات خلاف ابن القطان زاد في جوابه: الذي في الكتب المشهورة المعلومة إيجاب الشفعة وإن كان الذي يتشفع عليه غائباً: منها في مسألة المدونة ناب عهدة الشفيع، ومنها مسألة مطولة بعدها، قال في آخرها: لا يلتفت إلى مغيب المشتري لأن القضاء على الغائب جائز عند مالك ويكون الغائب على حجته، وفي مسألة الوكالة حكم فيها على الغائب، وفي المبسوطة عن مالك: يقضي بالشفعة على الغائب، وفي الموازية مثله.

وقول ابن القاسم عن مالك: لا يقضي على الغائب في الأصول إنما هو في استحقاقها، منها ما في كتاب القسم من المختلطة وإن ثبت أقمت الاحتجاج على هذا من كتاب الله تعالى وحديث رسوله ﷺ وليس كاحتجاج من احتج من إجازة مالك الشهادة على الخط ولم يعلم أن هذا الخط هو قوله عليه الصلاة والسلام: «كان نبي من الأنبياء يخط» وهو الخط في التراب، وهذا جهل.

قلت لابن عتاب: ترك ابن القطان ما لابن القاسم في المدونة ولأصبغ عليه في العتبية واستشهد بقول أشهب وبقول أصبغ وبقول ابن الماجشون على ما حكاه ابن حبيب عنهما من كتاب منهاج القضاة، وفي الشفعة من الأحكام الواضحة نحو ما في المدونة.

ابن الحاج: من باع ماله في معصرة وذلك النصف على الإشاعة من رجل وبقيته لأخته وأمه وعمته، وبعد ذلك بأيام حبس جميع ماله من ربع على بنيه لم يبق على نفسه شيئاً، وبعد ستة أعوام من هذا استظهر بعقد من ثلاثين سنة قبل تاريخ البيع أن والده حبس عليه حصة من المعصرة وهو الثمن وما بيد أمه وأخته منها صار إليهما بالميراث معه من أبيه، فهل هذا التحبيس في هذا النص عامل أم لا؟ وإذا كان عاملاً فهل يختص في ما بيد المبتاع من المبيع أو يشيع في جميع أجزاء المعصرة؟ وهل عليه إثبات ملك المحبس لهذه الحصة أم لا؟ وهل يرجع المبتاع في ما يستحق من بيده من الأملاك التي حبسها البائع على بنيه إذا لم يكن له شيء يؤدي منه الثمن للمبتاع أم لا؟ وهل هو عيب يوجب الرد أم لا؟ إذ ليس المبيع ينقسم، وإذا رد بالعيب فهل يرد بجميع الثمن من الأملاك المحبسة على بنيه مع المردود بالعيب؟ وهل يجبر المحبس عليه على البيع مع بقية أشراكه يكون الربع المذكور لا ينقسم أم لا؟.

فأجاب: الواجب على القائم بالحبس إن ثبت مع ملك المحبس له فإذا ثبت [248 ب] ذلك وجب له الثمن شائعاً في جميع المعصرة لا مسمى ولا غيرها على قدر حصصهم، ثم يرجع المبتاع بثمن ما ينوب حصته من الجزء المحبس على البائع إن كان له مال، فإن لم يكن فينظر يوم تحبيسه لجميع الأملاك فإن أبقى بيده قدر ما ينوب المبتاع من ذلك فلا يرجع المبتاع عليه إلا في غلة الحصة المحبّسة أو مال إن طرأ له، وإن لم يبق شيء ردّ من المحبس لأملاكه بقدر ما يستحق على المبتاع من الحصة المحبسة على البائع، وما ثبت من التحبيس عيب في جميع الحصة المبيعة. وللمبتاع الرد أو الإمساك. فإن ردّ ولا مال للبائع بعت الحصة المردودة في نقد الثمن. فإن كان كفاف دينه مضى وإن كانت زيادة قاصّ بها في ثمن ما ينوبه من الحصة المحبّسة، وإن نقص ثمنها عن الواجب تبع ذمته به. ولو اختار التمسك والرضى بعيب الحبس ودُعي إلى البيع في الجميع أجبر على البيع مَن أباه من الأشراك حاشى الحبس فلا يباع ويبينوا عند البيع الحصة المحبّسة، وإلا فهي عيب يرد بها المشتري إن شاء أو يرضى بذلك.

قلت: يجبر على البيع من أباه هو ظاهر المدونة والذي عليه العمل وأشار إليه في التنبيهات. وقال المتيطي: إنه لا يُجبر الأولون كالبيع لأنه دخل على التشقيص. وقد تقدم شركة الحبس هل هو عيب أم لا؟ وجميع فروعها، فانظره. انتهى.

كتاب الغصب والاستحقاق[1]

عياض: الغصب لغة يطلق على أخذه كل شيء مستهلك بغير رضى صاحبه من شقص أو مال ومنافع. ومثله التعدي كان سراً أو جهراً أو اختلاساً أو سرقة أو خيانة.

غير أنه في عرف الفقه: أخذ أعيان المتملكات بغير رضى أربابها على وجه القهر والغلبة من ذي سلطان وقوة والتعدي في العرب على بعضها ومنافعها، وسواء أذن أربابها أم لا كالقراض والودائع والإجارة والصناع والبضاعة والعواري. وفرق بينهما بأن الغاصب يضمن بنفس وضع اليد والآخر يوم التعدي. والغاصب إذا جاء بها سالمة لا يضمنها والمتعدي يضمنها، والغير جعلهما سواء يضمن بحبسهما عن أسواقهما. والغاصب يضمن في اليسير والكثير والمتعدي لا يضمن إلا في الكثير.

ورسَمَه ابن الحاجب: أخذ المال قهراً من غير حرابة، وتُعقب عليه. واختار شيخنا [165 ب] الإمام مرة متحرزاً مما تُعقب عليه فقال: أخذ المال لمالكه خيانة أو قهراً، لا لإخافة سبيل. ومرة قال: أخذ المال جبراً ظلماً لا بإخافة سبيل. وفي مختصره: أخذ مال غير منفعة ظلماً لا لخوف قتال، فيخرج أخذه غيلة إذ لا قهر فيه لأنه يموت مالكه. وحرمته معلومة من دين الأمة ضرورة، وهي إحدى الكليات التي أجمعت الملل على حفظها وورد التغليظ في

(1) إلى هنا ينتهي الجزء الثالث من المخطوطة أ، ويتواصل الجزء الثالث من المخطوطة ب، ولذلك نعتمد المخطوطة ب في ضبط ترقيم الورقات عند تحقيق بقية هذا الجزء ونبدأ بوسط الورقة 165 أ.

الأحاديث الصحيحة في ذلك ويؤدي فاعله لأنه ظلم. ونقل اللخمي وغيره من المتأخرين أن حق الله فيه الأدب والسجن بقدر اجتهاد الحاكم فيه، فإن لم يبلغ الغاصب ففي سقوط أدبه لرفع الإثم وثبوته كما يؤدب في المكتب قولان. والغصب بين الكفار كالمسلمين وكذا بين الزوجين وبين الولد وولده. وفي اغتصاب أحد الوالدين من ولده خلاف، وبهذا أقول.

قلت: وهو الذي ارتضاه الباجي في سنن الصالحين وروى فيه حديثاً وأشعاراً لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «أنت ومالك لأبيك»، وقوله: «خير ما يأكل الإنسان من كسبه وولده من كسبه» وظاهر قول مالك إنه لا يجوز له القدوم عليه ابتداء إلا من ضرورة فإن فعل فلا يطلب بما يطلب في الأجانب من القطع والأيمان عند الإنكار والقتل في باب التغليظ إلى غير ذلك، وحكم الحد جار على إلحاقه بولده أم لا. وفي المذهب مسائل تشهد للقولين. وفي ما ذكرناه كفاية.

وأما الاستحقاق فهو راجع إلى طلب الحق وثبوته أو ثبوت ما كان مطلوباً ورسمه في الملك بأنه رفع ملك ظاهر بملك سابق عليه فأورد عليه الاستحقاق بجزأيه، فرسم بقوله أخذ محوز ادعى حائزه ملكه، فأورد الشفعة فزيد لا بعوض، فورد عليه اعتصار الأب ما وهب لولده ورد الغرماء بيع الورثة المتعدين في بيعهم.

وفي مختصر شيخنا الإمام: هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو جزئه كذلك بغير عوض فيخرج العتق. ومطلق رفع الملك بملك بعده وما وُجد في المغانم بعد بيعه أو قسمه لأنه لا يؤخذ إلا بثمن. ويُردّ عليه ببعض ما تقدم.

وحكمه الوجوب عند تيسر أسبابه.

واحتج أبو عمران على حرمة الغصب بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ وَيَبْغُونَ فِى ٱلْأَرْضِ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ﴾[1] الآية، وقال تعالى: مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ

---

(1) سورة الشورى، الآية: 42.

﴿مِن سَبِيلٍۚ﴾[1] والغاصب ظالم غير محسن، ومن ظلم فواجب أن يحمل عليه.

واستفتح كتاب الاستحقاق بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعۡدَ ظُلۡمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيۡهِم مِّن سَبِيلٍ﴾[2] وقال تعالى: ﴿فَإِنۡ عُثِرَ عَلَىٰٓ أَنَّهُمَا ٱسۡتَحَقَّآ إِثۡمًا﴾[3] الآية. وفي ما ذكرناه كفاية.

الغرناطي: يُبتدأ بتوثيق تذكر فيه الملك مجرداً أو تقيّد المال في أسفل التوثيق أو ظهره وثبوت التوقيف ثم ثبوت الملك[4] للقائم وأن المقوم عليه عقبه وتذكر حيازته واعتقاله والإعذار إلى المقوم عليه والتلوم وثبوت عجزه عن المدفع في جميع ما ثبت، والحكم بذلك كله وبأقوال القائم فيه وقطع حجة الغاصب والقضاء عليه بعدم طول مدة ملكه للمغصوب والإشهاد على القاضي.

وتقدم لابن الحاج في حديث: «من ملك شبراً من أرض بغير حقه طوقه الله من سبع أرضين» قال الخطابي: فيه من الفقه من ملك ظاهر الأرض ملك ما تحتها وأنه ليس لأحد أن يحدث تحت أرض غيره مَسرباً كما ليس له أن يشرع جناحاً أو ظلة في هواء داره وإن كان لا يتضرر. وقوله من سبع أرضين فيه تأويلان أحدهما أنه يجعل في عنقه كالطوق والثاني أن يكون من التكليف أن يكلف حملها يوم القيامة. وفي بعض طرق الأحاديث: «مَن أخذ أرضاً بغير حقها كلف أن يحمل تربتَها إلى المحشر». وفي طريق آخر: «أيّما رجل ظلم شبراً من الأرض كلفه الله أن يحفره حتى يبلغ سبع أرضين ثم يطوقه [166 أ] إلى يوم القيامة حتى يقضي الله بين الناس».

قلت: تقدم ما فيه.

وسئل ابن رشد عن رسم مضمنه أنهم يعرفون رجلاً واسمه وأنه قام في حصن وبقي فيه أعواماً كثيرة يجني فوائده وفوائد تلك الجهة حتى اكتسب أموالاً

---

(1) سورة التوبة، الآية: 91.

(2) سورة الشورى، الآية: 41.

(3) سورة المائدة، الآية: 107.

(4) جملة سقطت من أ.

واشترى أصولاً كثيرة واقتنى أموالاً وغيرها ولا يعلمون له قبل هذه الولاية ولا حالاً ولا مالاً مما اكتسب الآن ولا بعضه، وأرِّخَ ثم قيم عليه فادعى بعض الشهود أنه شهد فيه بالسماع وشهد بعضهم بيقين ثم رجع، وقال بعضهم: أعرفه قائداً بالموضع لا غير، هل يجب على من بيده أصل من أصول هذا العامل بشراء أو وراثة حق أم لا؟.

فأجاب: بأن شهادة السماع في هذا غير عاملة ولا يستخرج بها من يد أحد شيء، وأما لو ثبت العقد على خطه بشهادة قاطعة توجب ضم ما وجب له لبيت المال، وكذا ما وُجد بيد ورثته. وأما ما فات ببيع منها فلا سبيل لأحد عليه لفوته بالبيع.

قلت: قوله أما ما فات بالبيع إلى آخره هذه تدل على مثل فتوى ابن حمدين إن وجد من أموال الرعايا فات ببيع في رباع المنصور ابن أبي عامر فإنه يمضي لمن هو في يده. وذكر ابن الصيرفي في تاريخ لمتونة أن ابن رشد وغيره أفتى بما وجد كذلك يرجع لبيت المال وأن المسائل المالكية اقتضت ذلك حتى قامت عليهم العامة وهَمُّوا بهم وبأموالهم لولا أن ابن حمدين هو الذي ردهم عنهم.

وسئل المازري عمن كان ببلده يتصرف لجميع الناس بأموالهم من مستغرق ذمة وغيره ثم هرب بمال لبلد آخر لا يمكن غالباً إذ أكثر الغرماء لا يصل إليه، وأقر الشهود أنه وصل بكذا وكذا من المال، هل يؤخذ من يد هذا المذكور هذا المال المقدر ويوقفه لمن يعمل فيه الواجب أم لا؟.

جوابها: لم يذكر الشهود هذا المقدر من المال هل هو من مال الفيء أو غيره؟ فإن كان من مال الفيء خاصة وكان القائم عليه القاضي فيصرفه في مصرفه فيجوز ذلك وفعل صواباً وإن كان المتولي له غير القاضي فلا أتكلم عليه. وأما أصحاب المال غير الفيء فمن طلب شيئاً وأثبت قضِيَ له به. كذا يظهر والله أعلم.

وسئل السيوري عن معاملة الأعراب والسلاطين وقبض أموالهم معروف

بذلك ما حال كسبه؟ وهل للموسوم بالعدل والعلم معاملته؟ وهل يجرح بذلك؟.

فأجاب: لا تنبغي معاملته ولا مخالطته مطلقاً إن كان هنا جُلُّ ماله، وإن كان أقله فبخلاف ذلك.

وسئل أبو محمد عمن هلك وترك مالاً حراماً هل يورث عنه ويطيب له أم لا؟.

فأجاب: اختلف السلف فيه فأجاز وراثته ابن شهاب والحسن، وأباه القاسم بن محمد وغيره، وفرق مالك وأصحابه بين أن يكون حراماً من جهة الغصب فيُردّ إلى أهله إن عُرفوا، وأن لم يُعرفوا فينبغي للوارث التصدق به دون قضاء، وإن كان من جهة الربا وفساد البيع ومنع الزكاة فينبغي للورثة التمسك برأس المال إن عرفوه والتصدق بما بقي، وإن لم يعرفوه تُصدق بجميعه، يؤمَرون ولا يُجبرون، وأهل الورع لا يرضون التمسك به.

وعن يحيى بن إبراهيم جوائز الخلف حلال لأنها اختلطت بالفيء والركاز وهو مباح للأغنياء والحبوب والماشية المأخوذة في الزكاة حرام كالميتة. وقال أيضاً في الجار الغاصب ذي السلطان خاف ناحيته بدعوى جاره لطعام ويخاف منه إن لم يجبه على ماله وبدنه لا يجيبه ولا يجب قربه له بل يحتسب في ما أصابه وهو خير وإن كان المرة بعد المرة في الزمن الطويل ويخاف في مجيئه من عهدته لا بأس بالأكل عنده منقبضاً غير منبسط في الأكل ولا يشبع وإذا خرج استقاءه، وإلا قوّمه وتصدق به.

وسئل في موضع [166 ب] آخر عن المال الحرام هل يُحِلّه الميراث أم لا؟.

فأجاب: لا يُحلّ الميراث المال الحرام في قول مالك وأكثر أهل المدينة، والحسن وابن شهاب بخلافه بالميراث، وأوسط الأقوال أن لا يحل المغصوب بشيء وأما فساد البيوع وربا الطعام والذهب بالذهب يحله الميراث.

قلت: خالف في هذا الجواب في النقل عن مالك وهو الصواب لأنهم مضروب على أيديهم في قوله على ما يأتي أو كمستغرق الذمة ولا خلاف أن أصحاب الحقوق أولى من الميراث لأن الدين قبله وسيأتي مزيد بيان فيه إن شاء الله.

وسئل المازري عما روي عن سحنون أنه بعث بأن يبدل له ديناران أتياه من وجه يُكره.

فأجاب: لم يصح هذا عن سحنون لأنه بقبضه لزمه، وإنما يسلم إذا أحال من له عليه طلب على الذي عنده ما يكره فرضي بالحوالة.

وسئل عن الغاصب هل يُعان في إخراجه من ماله على وجه الصدقة؟ وهل للمعين أن يتناول منه ما يخرجه عنه لذلك؟ وهل يأخذ منه شيئاً أو زوجته كذلك؟.

فأجاب: أما معونته للغاصب في إخراج ما بيده للصدقة ولم يكن معروف الأرباب فلا بأس به، ولزوجتك الأخذ إن كانت فقيرة، وتنزُّهُك أنت عنه أحسن وأفضل.

الشعبي: في المرأة الصالحة عند ذوي الغصوبات في الأموال تسأله طلاق نفسها فإن أبى أكلت والإثم بعنقه، وكذلك الملوك.

وعن بعضهم بيع مملوكة لقوم غاصبين يتسامحون في الفساد وعدم الغيرة وهم آكلون للحرام ويُطعمونها منه لا يجوز ذلك على مذهب مالك وقد منع بيع العنب ممن يعصرها خمراً ومسائل لا تحصى من نحو ذلك.

وعنه: في امرأة أخذت من مقدم بلد ملكاً بصداقها والملك كان حلالاً لا يسوغ لأنه أعطاها ما يملك وحين ترتبت التبعات عليه صار حلالاً[1] للناس وهو مضروب على يديه شرعاً. وعن بعض مفتيي المتأخرين: يلزمها ما أكلت إن كانت عالمة، كالمشتري من الغاصب وهو يعلم فهو كالغاصب.

---

(1) جملة سقطت من أ.

قلت: يحتمل أن يكون من غصب معين بدليل ما مثل به فلا يكون خلافاً.

وسئل القابسي عمن ورث مالاً وتنزّه عنه هل يصرفه للفقراء على التساوي أو التفاضل بقدر الاجتهاد في الفضل والدين؟ وهل يبني منه بعض الحصون ولا يستطيع في ما يحتاج إليه من حصر وزيت وأبواب بيوت وغير ذلك من ضروريات الحصن، ولا يستطيع إخراجه جملة مرة واحدة خوفاً من سلطان الوقت لأن فيه حدة فأحب أن يخرجه شيئاً بعد شيء هل يباح له ذلك أم لا؟.

فأجاب: إن كان المال الموروث على ما وصفه أبو عبد الله الحريري الساكن بالمنستير فهو يُصرف في منافع المسلمين كما تصرف بيت مالهم إن كانت تصرف في الأهم من أمورهم، والأهم في الوقت الفقراء فهو الواقف في الواجب. فإن كانوا مجتمعين في حصن فهم أهل لما يصرف إليهم منه، وإن كان فيه اتساع لإصلاح حصن فيخشى خرابه فهو مما يصلح أمر المسلمين، إذ هو ثغر وحرس ولا يحدث فيه ما يستغنى عنه أو يحتاج إليه بعد وقت. وإذا لم يكن عند هذا السائل عذر في إخراج المال جملة إلا ما ذكر فليس ذلك من الحزم وإنما عنده قوله: يريد أن يتنزه عنه. وإذا كان المال على ما وصفه الحريري والصقلي فواجب عليه الخروج منه وعدم التمسك به. فإن كان مما يتقى عليه من ظهوره عند السلطان فيخرجه إلى أيدي ثقاة وهو أنجى له إذ الأجل غير مأمون الحال لسرعته، فافهم ما وصيتُ لك وشرحته فيها على ما فسر لي من ذكرت. وإن كان على هذا الميراث حقوق معيّنة فليدفع للمظلوم إن كان أو لوارثه إن كانوا عصبة. وإن جهل المظلوم بمالٍ مالَه فحكمه حكم اللقطة تصرف للفقراء صدقة عن المظلوم. وأما التفرقة للفقراء فيعطى الرجل على قدر حاجته وكثرة عياله وعجزه عن المكسب لزمانة [167 أ] ونحوها ووقوفه عن المسألة أو لم يلحّ إذا وقف فيها، ودون هذا من نزل نفسه ومنزلته، وهذا مع اتساع المال والاجتهاد، والمنفق لله يكفيه.

وسئل السيوري عمن ورث من مشرقي نصف ضيعة فأراد تطييبها فقوّمها العدول وأخرج بمحضرهم الثمن وكتبت وثيقة بها، فقال له القاضي: لا يطيب لك ذلك إلا بحكم القاضي، هل له اعتراض عليه أم لا؟.

فأجاب: لا اعتراض للقاضي على الرجل في ما فعله وهو ماض.

وسئل ابن رشد عن قوم شتى في الصحراء يتغاصبون في ما بينهم وآباؤهم ومن سلف لهم وليس لهم أموال إلا الماشية ولا يتغاصبون إلا بينهم لا من غيرهم وبأيديهم أموال من هذه المواشي بالوراثة الغصب وغير ذلك، وبيد رجل مال حلال محصّن وهو ممن راغ عن التبعات وأراد التورع، هل يجوز له شراءٌ من هذه المواشي بذلك المال الحلال أم لا؟ وكيف لو أهدوا شيئاً من هذه لأمير المؤمنين إذا أرادوا المكافأة على ما يُهدى له من ذلك من بيت المال أنه يفعل ذلك أم لا؟ وكيف لو ولى عليهم عاملاً من جنسهم يغصب الأموال على نحو ما هم عليه ويهدون لهم فيهدي لأمير المؤمنين من ذلك، هل يسوغ لمن أعطاه أمير المؤمنين شيء من هذا أم لا؟.

فأجاب: إن كانت هذه المواشي التي بأيدي هؤلاء توارثوها عن أبائهم وأجدادهم ويعلمون أنها كانت غصباً لكن جهل أهلها حتى لا يقدر على صرف شيء منها لهم ولا لورثتهم فحكمها حكم اللقطة التي يُئسَ من أربابها التي قال عليه الصلاة والسلام: «فشأنك بما يستحب التصدق بها» ولا يجب لا سيما إن لم تكن هي العين المغصوبة وإنما هو نسلها فيجوز شراؤها لمن أراد شراءها. وما وُهب لأمير المؤمنين فيسوغ لمن أعطاه إياه ويتملكه ولا حرج ولا إثم عليه إن شاء الله، ولأمير المؤمنين أن يثيب على ذلك من بيت المال إذ قبوله منهم إنما هو ليصرفه في منافع المسلمين. وأما ما وهب لوالي أمير المؤمنين فلا يسوغ له قبوله لما جاء أن هدايا الأمراء غلول إلا أن يكافأ عليها بقيمتها فيسوغ فإن أهدى منها لأمير المؤمنين أعطاه لأحد صح له، وسواء كان غُصّاب هذه المواشي غصبوها لمن غصبهم أو لم يغصبهم أو غصب أباءهم إذا غُصبت القبيلة فلم يعرف كل واحد منهم بعينه أنه أخذ مال من صار إليه ماله بعينه. وأما لو عرفوا أربابها الذين غُصبت منهم ويمكنهم ردها إليهم أو إلى ورثتهم فالواجب المتعيّن عليهم صرفها على أربابها ولا يحل تمكينهم بشيء منها ولا تُقبل منهم هبة ولا من صارت إليه بأي وجه صارت إليه. فإن فعل شيئاً من ذلك مع العلم به فحكمه حكم الغاصب، والله أعلم.

وسئل عنها ابن الحاج فقيل له في مرابطين بالصحراء يُغير بعضهم على بعض وأكثر أموالهم الإبل فتتناسل عندهم ويرثها الأبناء عن الآباء فيريد بعض الأبناء أن يتحلل منها، هل تطيب له؟ وكيف إن أهدى منها شيئاً لأمير المسلمين هل يباح له؟.

فأجاب: بأن من بيده يتصدق بقيمته وينوي بذلك أربابها وتطيب له. وأما هبتها لأمير المسلمين فإن أثاب عليها من ماله فلا ولمن وضعها في بيت مال المسلمين وقبلها للمسلمين فذلك جائز. وأَخْذُ إباحة أكلها للأبناء بغير شيء من حديث اللقطة (فشأنك بها) ضعيف لأن هذه خرجت بغير رضى لو باعها بخلاف اللقطة، وإنما اللقطة أصل في طيب الأموال المجهول أهلها فتدبره.

قلت: فقياس قولة ابن رشد إن اللقطة أيضاً خرجت بغير طيب نفس أربابها فحكمها حكمها، وليس الكلام مع من غصبها ابتداء وإنما هو مع من لم يباشر. ورأيت سؤالاً لبعض المتأخرين ونقل جوابه من كلام المازري من حفظه. ولفظ السؤال: ما تقول في شراء بهيمة الأنعام من أعراب [167 ب] زماننا الذين لا يمنعون من إغارة هل يجوز إذا لم يتعيّن أن الشاة المبيعة أو البقرة مغصوبة أو لا يجوز؟ لأن غالب ما بأيديهم مغصوب أو نسل مغصوب، وهل شراء الإبل منهم أخف من غيرها؟ لكون الغالب فيها أنها أملاكهم غير أنهم يغصب بعضهم بعضاً فيها، وهل ما غصب بعضهم لبعض مثل ما غصبوه للرعايا؟ وهل يجوز شراء ما جلبوه من الطعام المغصوب من موضع بعيد؟ وهل يجوز أكل ما طبخوه من طعامهم من لحم وغيره؟ وهل تجوز مبايعتهم بالدنانير والدراهم؟ وكيف إن اشتروا من أسواق المسلمين شيئاً بالدنانير والدراهم هل يجوز لمن حل بهم أكله أم لا؟ وفي هذا المعنى الرجل المعروف بالغصب أو كثرة المعاملة بالربا في البيع له والابتياع منه إذا اشترى أحد من هؤلاء المعروفين بالغصب ما يشتري منه بأقل من القيمة ويباع مثله بأكثر منها أو لا يعامل إلا بقدر القيمة لكونه ماله مستحقاً لبيت المال أو للفقراء. وإذا تاب أحد من هؤلاء وبيده أموال لا يعلم مالكها ولا ورثته لمن يكون هذا، للفقراء أو لبيت المال؟ وهل يجوز له التمسك بشيء منها إن كان فقيراً؟

جوابكم عن هذا كله مرغوب في شرحه من جهة الفقه لا من جهة الورع.

فأجاب: اعلم ـ تولى الله رعايتك ـ أن المذهب اختلف في الغاصب بل الغصّاب وشبههم ممن أكثر ماله حرام ولا يعلم أعيان المغصوب منهم هل حكمهم حكم المفلس أو حكم من أحاط الدين بماله ولم يفلس؟ وهو أظهر القولين عندي وهو الذي تجري عليه فتاوى فقهاء إفريقية من أهل القرن الخامس. فعلى هذا القول تجوز معاملتهم إذا دفع إليهم في الثمن مثل قيمة ما أخذ منهم فأكثر، ولا يجوز قبول معروفهم على ما هو معلوم عندك في من أحاط الدين بماله. وكذلك الفرق بين ما غصبوه من بعضهم أو غصبوه للرعايا إلا أن تُرجى معرفة أعيان المغصوب منهم، فالفرق حينئذ ظاهر لا يخفى عليك. ويجب وقف ذلك الشيء المغصوب ما دام ترجى معرفة مالكه وأما الطعام الذي نقلوه غصباً من مكان بعيد فأشهر الأقاويل أنه يجوز شراؤه منهم لكن بشرط التوثق لأربابه، وهذا الشرط في زماننا كالمتعذر، وهذا إن عرف أربابها. وأما إن لم يعرفوا بأعيانهم فيعود حكم هذا الطعام إلى حكم ما تقدم، وطبخ اللحم كنقل الطعام في جواز الشراء منهم وعدم جوازه، والدراهم التي بأيديهم كسائر ما بأيديهم غير أن استحقاق أعيانها عسر فلا بأس أن تباع لهم العروض وغيرها بتلك الدراهم على الشرط الذي ذكرناه من اعتبار القيمة. وأما أكل الطعام من الذين اشتروا بتلك الدراهم[1] فحكمه ظاهر. وإن كان ثمناً فقد تقدم أن هباتهم لا يجوز قبولها. وأما المعروف بالغصب أو بالربا فإن عرف مع ذلك أنه الغالب على ماله بل كان المغصوب أو الربا أقل ماله فيجوز في الفقه قبول معروفه والشراء منه خلافاً لأصبغ. ومن تاب ممن الغالب على ماله ما وصفت فالأصل خروجه عنه لبيت المال أو لمن يعمل فيه ما يعمله إمام المسلمين من صرفه في مصالحهم بالأهم فالأهم بحسب الحال على أظهر القولين عندي. وقيل: يصرف للفقراء ولا يبعد فإنه كاللقطة. وأما هل يجوز لهذا التائب أن يتمسك بشيء من هذا المال لفقره فلا مانع منه إن كان المتولي لتفرقة ذلك المال غيره

(1) جملتان سقطتا من أ.

وأعطاه بغير هدى، إن كان هو المتولي التفرقة ففيه نظر وربما وجد في المذهب ما يشهد لجوازه إذا أخذ نصيبه مع الفقراء. والذي كان يفتي به فقهاء إفريقية في القرن الخامس لمن تاب من أعراب زمانهم على سبيل الترخص والاستئلاف لهم على التوبة أن يقوم الأعرابي جميع ما بيده من المال [168 أ] ويبقي تلك القيمة عليه ديناً بعد أن يُخرج منها شيئاً في الحال ثم يخرج بعد ذلك شيئاً فشيئاً.

قال المازري ـ رحمه الله ـ: القياس أن يخرجوا عن جميع ما بأيديهم في الحال لكن عدل إلى ما ذكرناه، ثم قال: وينبغي أن يزاد في تلك القيمة لأن قيمة السلعة بالثمن المؤجل أكثر منها بالثمن النقد فيزاد على الغائب في القيمة بحسب الاجتهاد.

قلت: تقدم السؤال الذي نص عليه المازري وهو: في رجل مستغرق الذمة أرادالتوبة فاستفتى فقهاء موضعه فأمر بتقويم ما بيده وأحمل كل ما حصل عليه من ذلك دنانير معلومة هل تجوز له مبايعة قوم يبايعون العرب وقيل مبايعتهم له حرام أو مكروهة أو حلال؟ وهل يجوز له صرف ما يلزمه من زكاة الزرع في ما حصل عليه من[1] التقويم حتى يفرغ مما ترتب عليه فيه؟ وكيف إن انضاف مع التقويم صداق امرأة وهو مائة دينار مرابطية هل تسقط به وبتقويم زكاة الزرع أو لا تسقط؟.

فأجاب بما نقل عنه قال: فمن المصلحة أن يرخص لهم في تأخير الإخراج لهذا المال وتباح لهم التجارة فيه ويخرجون قيمته شيئاً فشيئاً بحسب ما يسهل من ذلك على النفوس. فإذا كان التأخير على خلاف الأصل فينبغي أن يبادر بالإخراج ويغالب نفسه فيه، ويستحق له أن يبقي بيدك ما لو كان إمام عدل لأبقاه في يده لأجل فقرك وحاجتك مقدار ما يقوم منه أودك، فإذا صح هذا فإخراج الزكاة لا بد منه ببينة وما سواه يفعل فيه ما رمست لك، والمرأة إذا كانت غنية لم تستحق أخذ هذا الصداق الكثير من هذا المال، وقد يباح لك أن

---

(1) ثلاث جمل سقطت من ب.

تعطيها مما أخّر بقاؤه في يدك[1]. . . قالوا لإمام عدل لا تبقي بيدك مقدار ما تتزوج به وتبقي ما زاد على ذلك ديناً عليك.

ولو كانت الديون من مبايعات بالقيمة والمال الحرام لا يُعرف أصحابه فيرد عليهم لم يستحق البائعون جميع الأثمان فكيف بالصداق الذي هو أخفض رتبة من الحقوق المالية.

وأما مبايعة الأعراب بأنفسهم والذي بأيديهم ولا يُعرف أصحابه فيرد عليهم، فاختلف العلماء في مبايعة مستغرق الذمة بالقيمة هل يجوز ذلك؟ لأنه لا يضر المساكين بهذه المعاملة لأنه أعطاه بمقدار ما أخذ ويكون ممنوعاً لأنه يتصرف في مال غيره وهم المساكين «بدون»[2] إذنهم. وتوسط بعض الشيوخ بين المذهبين لا حاجة ببسطه هنا.

ومبايعة من بايع الأعراب أخفض مرتبة لأجل أن الخلاف في الأصل وهذا فرع عنه لا سيما إذا كان الذين يعاملون الأعراب بالقيمة يقلدون من أباح معاملتهم. وقد اعتذر بهذا الشيخ أبو القاسم السيوري عن نفسه لما كان يمنع من أكل لحوم الأغنام لكون الولد عنده يرد مع الأصول والأمهات. وكان يكري داره ممن يدبغ فيها الجلود فأشار إلى قريب من هذا العذر الذي ذكرناه وأن الذين يشترون الجلود قد يكونون قلدوا من أباح أصل المعاملة.

قلت: ما أشار إليه عن السيوري هو أنه سئل عن سبب تركه أكل اللحم ونهيه عنه منذ حدثت الفتنة وهي مدة كثيرة ولا يكتب الأجوبة إلا في رقّ قديم وكذا أشريته لا تكون إلا في رق قديم أو ظهر قديم أو شيء يُعرف أصله ولا يلبس نعلاً ولا خُفّاً إلا من جلد وحشي أو شيء يعرف أصله وترك أشياء كثيرة من هذا الباب. ثم رأيناه بعد ذلك اشترى داراً بناحية باب عبد الله وأنشأها لدبغ جلود الأفرية. فأفِدْنا ـ أيدك الله ـ بيان هذا الواقع وما الفرق بين ما تركه وفعله وتبينه بياناً شافياً.

---

(1) بياض بمقدار كلمة بالأصلين.

(2) كلمتان سقطتا من ب.

فأجاب: فهمت سؤالك وأشرع في جوابه رجاء ثواب الله تعالى. وجوابه: إن أكل اللحم وكتب الرق والفتوى فيه وما ذكرت من اللباس كله عليّ حرام لأن الصواب عندي أن المغصوب وغلاته لربه، وقول مالك وغيره: إن غلات المغصوب للغاصب ليس بصحيح عندي. فأما اللبن والصوف لم يختلف قول مالك فيه أنه غلته، واختلف قوله في الولد فقال مرة هو غلة ومرة ليس بغلة. واختلف أيضاً قوله في غلات المغصوب فقال مرة للغاصب ومرة لربها وهو الصحيح وتعلق الأول [168 ب] بقوله عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان» وفي بعض الطرق أن الحديث خرج بسبب عبد اشتراه رجل فردّه بعيب فسئل عن الغلة فقال: الخراج بالضمان. وذكر في الأصول أن الجواب إذا خرج على سبب وهو مستقل لنفسه غير محتاج لغيره أنه يبقى على عمومه والمعمّمون منهم من يقول بالتخصيص ومنهم من لا يقول به. وقد تقرر تخصيص هذا العموم بأحد وجهين إما بقاعدة الإجماع أنه لا تخرج الأملاك عن أيدي مالكها إلا برضاه أو استحقاق مستحق، والمغصوب ملكه متقرر على من غصب متاعه له. والوجه الثاني قوله عليه الصلاة والسلام: «ليس لعرق ظالم حق».

وقد أخبرتك بقول مالك هل الولد غلة أم لا؟ والصحيح عندي أن الولد غلة، وبقوله إن غلات المغصوب للغاصب وقال به بعض المخالفين وإن كان ليس بصحيح عندي لما ذكرتُ. فقد أخذتُ به لأنه ممن يجب الاقتداء به وهو حق عند القائل به وللناس مذاهب، هل كل مجتهد مصيب أو المصيب واحد، إلا أن للمفتي أن يفتي باجتهاده ويقلده غيره، فإن كان خطأ فلا درك عليه عند الله وهذان القولان المعوّل عليهما ولا يعوّل على الثالث لأنه يؤدي إلى الطعن على الصحابة[1]. . . يسقط هذا القول. فمن عمل في هذه الدار شيئاً فإنما عمل على ملكه على هذا.

واختلف قول مالك هل الولد غلة أم لا؟ في المدونة في مسألة العيوب: من اشترى جارية واطلع على عيب وحدث عنده عيب هو بالخيار في الإمضاء

(1) بياض مقدار كلمة بالأصلين.

والرد، ويرد قدر العيب الحادث إلا أن تلد ولداً يجبر ما حدث عنده من العيب فليردّ ولا شيء عليه ولا يصح الجبر إلا ما هو ملكه وغلته له، لأن الأمة مجمعة أنه لا يؤخذ من مال إنسان عما وجب عن آخر إلا برضاه فهو أحد القولين، والقول الآخر فيها أيضاً وهو إذا رد الأمة بعيب وقد ولدت ردّ ولدها معها، فدل على أنه ليس بَدَلَه، والمسألتان قد تثبت كل واحدة منهما على قول لا يصح إلا ذلك في القياس ولو لم يأت عن مالك فيه شيء. وأما عن غيره ممن يجب الاستناد إليه فقلده مقلد لكان ملكاً له على قوله. فالذي يأتي للداعي قوله بشيء فإنما أتى بما يملكه على قول من قلده، وأنا قائل ومن قبلي من الفقهاء من يُقتدى به أنه ملكه سواء قلنا إن الولد غلة أم لا، ودليله أنه لو لم يكن هذا لوجب على من باع سلعة أن لا يجوز له البيع ممن يعلم هل الثمن المأخوذ يؤخذ على وفق مذهبه وإن خالفه في المذهب لا يؤخذ، ولم يقل بهذا أحد. وأبين منه أن أصحابنا اختلفوا هل يُجزي الانغماس في الماء عن الجنابة دون ذلك أم لا؟ وفي الرأس هل يُجزي الثلث أو الثلثان أو لا بد من الجميع؟ وهو قول مالك. فنجيب: أن لا يأتم أحد بأحد حتى يعرف هل يوافق مذهبه في الغسل ومسح الرأس أو لا؟ وكذا لا يجب أن يصلي خلف من خالف مذهبه في الغسل ومسح الرأس. ووقع لبعض أصحابنا شيء لا يجب أن ينقض الأصول، وقد منعته أولاً من كراء حانوت لي معلومة بعمل الرؤوس والحوانيت كانت لي بباب عبد الله لدبغ الجلود، فإن جميع ما كان في أيدي الناس من المواشي غصب كله إلا اليسير فلم استحل كراءها لما لم يكن حينئذ غلة ولا ولادة، ثم قدر أني اشتريت هذه الدار التي كانت لصاحبنا أبي القاسم بن محرز بعد أن أظهر في جيرانه القول بأن الولد غلة جيرانه وأصحابه وهو مُجْر لهم ذلك على أقوال العلماء المتقدمين وكانوا يرون تقليده في ذلك.

وفرّق شيخنا بين ما يأكلونه وبين ما يتّجرون فيه. ثم ذكر ما يأتي في سؤال المازري وصفة المتجر والمكسب لابن أبي زيد والقابسي وابن عبد الرحمن وما يأتي فيه من أحاديث طيب المكسب وما جاء عن داود ـ عليه السلام ـ وجندب، وصفة دخول الدراهم وخروجها وضرب سكّتها. ثم قال: ولم أذكر هذا عن

شيوخنا [169 أ] لكن ترخصته في دار الدبغ، وإنما هو مثال للأشياء ومراتبها. وأخبرتك أني لم أفعل إلا ما أجمعوا عليه ووقع في المدونة في نماء الجسم أنه يجبر العيب الحادث فيجب انفراد المشتري به دون بائع السلعة.

ووقع لمالك في من استحق بعيراً وقد نما عند المشتري لا يأخذه حتى يدفع[1] النفقة أو يعطي قيمته، فأقام النماء مقام ما يُحدثه المشتري في العرصة. ولسحنون في هذا الأصل اختلاف وحط دار[2] العلم إذا وافق أن يردّ الفرع إلى أصله، فإذا أوردت عليه قولة لمالك أو لغيره نظر إلى الأشبه بأصوله فيتبعه إن كان مثله.

والناس في العلم على ثلاث مراتب؛ عالم بالكتاب والسنة والإجماع والاستنباط منها وكيف استنباطه فلا يجوز له أن يتعدى ما ظهر له ويقلّد غيره على المختار، ومن لم يعلم ذلك وقلّد غيره فالمالكي يقلد مالكاً، فإن كان له فقه بدون معرفة أصوله فهو يعرف ما شذّ عن أصوله ويعرف أنها غلط من الناقل أو دخلها وجه ما، وهذا يكون بعد ضبط أصوله وما اختلف فيه قوله. وفقه البدن لا يخفى ويعرف صاحبه حال طلبه ومباحثته ويشتهر بذلك ولذلك كانت المواعيد فيشتهر بمعنى بعضهم دون بعض. فمن لم يكن من الصنفين فلا يحل له أن يتكلم في دين الله تعالى متى وجد الصنف الأول فإن عدم فلا يتكلم ولا يحل له مع وجود الثاني. فإن فقد الصنفان وحضرت نازلة ووافقت حروفها حروف الرواية عن مالك فيفتي بنصها ولا يتنزّل عن مالك لغيره إلا مع فقده. والكتب لا تقوم بأنفسها. وعن بعض المتقدمين: في الكتب مغاليق ومفاتيح العلماء، وقد تقرأ مسألة بُنيت على عادة لا يقضي لها إلا من حفظ أصول من نقلت عنه.

ولو تتبعت الكلام في هذا لطال عليّ ومن أراده فعليه بالنظر في كتب الطالب لأبي محمد بن أبي زيد ففيه ما يكفيه إن شاء الله نفعنا الله وإياك بما

(1) جملتان سقطتا من ب.
(2) كذا بالأصلين.

حوانا من العلم وجعلنا من العالمين به بمنِّه وكرمه. وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

قلت: مذهب الشيخ أنه يرى أن الإنسان يأكل بالورع ويكتسب بالشرع. ومثله سحنون كان يملك أصولاً كثيرة من الزيتون وكان يستعمل نفسه في ما يكفيه من شجرة أو شجرات كالمساقي وما يحصل من ذلك أخرج منه نصفه للفقراء وأخذ نصفه لنفسه لما توقف في إفريقية هل فتحت عنوة أو صلحاً كما تقدم، ويأتي في نقل الداودي عنه عكسه إذا قيل: هل يأكل بالورع ويكتسب بالشرع؟ فقال: بل يأكل بالشرع فإن الإنسان لا بد له من ضرورة قوام بدنه، ويكسب بالورع فإن الكسب له عنه غنى، وقول المازري توسط بعض الشيوخ، هو ما يأتي للداودي إن شاء الله تعالى.

وسئل السيوري أيضاً هل يحكم لمستغرقي الذمة المتمتعين باليد القاهرة على أحد أو لا يحكم لهم ولا عليهم وما لم يعلم له وليس له ملك بعين المغصوب، هل يحكم له بحكم الفيء أم لا؟.

فأجاب: مستغرق الذمة لا يحكم له بما ليس له ولو كان عين الغصب ما بأيديهم لا يعرفه مالكه ولا وارثه ولا مستحقة على حال ولا يمكن تخاصص في ماله بتجر ولا غيره، فإن كان في من غصب بقراً فرق فيهم أو يعطي من كان صغيراً بقدر ما يرى وإن لم يوجد في المغصوبين مستحق صدقة فحكمه حكم الفيء ينظر بالأصلح من الصدقة وبناء القناطر أو يصرف لبيت المال. ووقع فيه قولان هل يوضع في بيت المال أو يصرف للفقراء؟ وهي ترجع لقول واحد.

وسئل ابن أبي زيد أو غيره عن الغنم أو ما يتولد منها وحاجة الناس إليها مثل الفرو والكساء وغير ذلك مما لا غنى للناس عنه إذا أراد المكلف تطييبها هل يتصدق بقيمة الجلد مدبوغاً أو غير مدبوغ أو بالفرو والتصدق بالكساء أو بقيمته أو الغزل أو الفرو والكساء والشاة؟ وإذا كان المتصدق بالشاة يجهل ربها فلم يفعل فهل يباح للفقير سرقتها أم لا؟ وإذا أعطاه إياها هل يقبلها أم لا؟ وهل يشتري من الفقير [169 ب] لحمها ومن الجزارين أم لا ويتصدق بثمنه؟ وهل

يأكل طعاماً فيه لحم من دُعي إليه أم لا؟ مع أن الداعي كثير الحلال، وهل الصوف واللحم واللبن واحد أم لا؟ وهل يقبل الفقير ما أعطاه الغاصب من دراهم وعروض وغيرها إذا كانت عنده بشراء أو تقادم حتى لا يُعرف أربابها أم لا؟.

فأجاب: إذا كانت الغنم مشتبهة لما فيها من حلال وحرام فتوقيها أحسن لإشكالها. والغلة إن كانت بيده من شراء من غاصب غير عالم به أو جُهلت حالتها عنده مع علمنا بشرائه لا بأس بالصوف واللبن ولا تجري مجرى الغلات. وأما الفرو واللحم فمنهي عنه ويكره له، فإن أراد لبسه فيؤدي قيمة الجلد غير مدبوغ ولا مخيط، لأنه لو أتى ربه بعد دبغه وخياطته لم يكن له أخذه.

وإذا كان ما في البلد غصب إلا اليسير فهو كله غصب، والغلات واللحم حرام، وما دُبغ ونُسج يُشترى ممن تاب وتصدق بقيمة الشاة المذبوحة، ومن غير التائب فلا تربه. ومن فعل وأخرج قيمة الصوف قبل النسج والجلد قبل الدبغ وتصدق به مع جهل أرباب الشاة فهو الذي عليه. ولا ينبغي للمساكين سرقة هذه الشاة أو لحمها المجهولة الأرباب لتغريره بنفسه. وقد يختار ربها تضمين القيمة أو أخذ اللحم فلا ينبغي ذلك. ومن تاب وتصدّق بالغنم أو لحمها مع جهل أربابها فلا بأس على الفقير بقبولها، إن شاء الله، وأرجو جواز شراء الغني منه إلا من جهة الورع. وشراء ما في الجزارين وكل الغنم غصب مع جهل أربابها ينهى عن ذلك فمن فعل وأكله وتصدق بقيمته فأرجو أن يخلصه، إن شاء الله.

ومن دعاه رجل كثير الحلال من المال وغنمه أصلها غصب فالأمر على ما تقدم فإن أكل تصدق بقيمة ما أكل، وإن كان يتحرى التقوى من المالكين فلا بأس بأكل طعامه، وإن لم يتحر والبلد فيه الحرام إلا اليسير فالأمر على ما قلناه من اجتنابه. وما تصدق به من العروض وليس من شأنه غصبها بل شراؤها فأرجو أن لا بأس على الفقراء بقبول ذلك وهبته لغير الفقير لا يقبلها. والدنانير والدراهم يكره قبولها من الغاصب للفقراء إلا أنه أعذر من قبول الغني إياها وأرجو خفته للفقير.

قلت: قوله لا ينبغي للمساكين سرقة هذه الشاة إلى آخره يحتمل أن تكون هذه الشاة المعينة لأنه قد حصل فيها حق للغير، ويحتمل أن يكون ذلك مطلقاً لتعليله بالتغرير، وإليه كان يذهب شيخنا الفقيه الإمام ـ رحمه الله ـ. وكان شيخنا الفقيه أبو محمد الشبيبي يخيّر ذلك ويقول: إنه شبيه بسبب فيه كيف يتيسر عليه ما لم يغلب على ظنه الخوف على نفسه؟ وعندي إنما يتخرج على مسألة من جحد حقاً فظفر له المجحود بشيء قدر ما جحد له بأي نوع كان. والصواب في هذه الجواز، لأن المسألة المفروضة التي فيها الستة أقوال إنما هو إذا أمنه وهنا لم يؤمنه. ودليل الجواز حديث هند من قوله عليه الصلاة والسلام: «خذي ما يكفيك أنت وولدك بالمعروف».

وأما مسألة إذا وضع عنده مستغرق الذمة شيئاً هل يجوز له أن يخون فيه أو لا؟ فكان عبد الحميد الصائغ يجيز ذلك إن خفي[1] له. وأما على أن يجحده فتجري على المسألة المشهورة، وهذا كله إذا أمرناه برده. ويأتي من قول بعض القرويين إنه لا يجوز رده إليه وإن رده غرمه للفقراء، فالأمر هنا هيّن.

وسئل بعض المتأخرين عمن تاب وبيده مال حرام وليس عنده غيره لغير معينين هل يأخذ منه ما يقتات به أم لا؟.

فأجاب: قال الداودي: توبته إما أن يزيل ما بيده إما للمساكين أو ما فيه صلاح للمسلمين حتى لا يبقى بيده إلا أقل ما تجزي فيه الصلاة من اللباس وما يستره من السرة إلى الركبة وقوت يومه، لأنه الذي يجب له أن يأخذ من مال غيره إذا اضطر وإن كره، بل يأخذ منه وفارق المفلس لأنه لم تصل إليه أموال الناس [170 أ] بالعداء فلهذا يُترك له لباس مثله وما يعيش به الأيام.

قلت: هذا نحو قول المازري إنه القياس لكن المتأخرين خرجوا عنه للضرورة.

وكان الشيخ الصالح أبو الحسن العبيدلي إذا جاءه التائب يخرجه عن كل

(1) جملتان سقطتا من أ.

شيء ويقول: ما تصح التوبة إلا هكذا. لكن سمعت عنه أنه يأخذه ويديره على أصحابه واحداً بعد واحد ليحسبه في مظالمه حتى يصل إلى الأخير فمرة يأكله ومرة يقسمه عليهم لأنهم فقراء كلهم. وفي الخروج من العهدة بمثل هذا الفعل نظر، ولعله يقاس على مسألة إخراج الزكاة عن مال واحد ثلاث مرات أو أكثر في السنة وهي من المسائل المشهورة. تلقى في المعاياة وما ذلك إلا لتعدد المالكين فيجب على هذا أن يجري فعل الشيخ عن كل ما وصل إلى يده من هذا المال وإن أخرجه في الحين. وكان بعضهم يغمزه ويقول: هذه حيلة في إسقاط المظالم جملة، يتكرر هذا المال على هؤلاء الجماعة مراراً كثيرة وهو ضعيف إذ لا بد أن... [1] هذا المال بما يقابله.

ومثله مسألة من بيده ألفان وعليه ألف دين فإنه يقابل الألف ألف من الألفين ويزكي الألف الأخرى. وعن ابن حبيب أنه يعمل الألف المزكاة في الألف الأخرى إلا ما نقصت الزكاة ويزكيها، وهو ضعيف لأن الدين لا بد أن يذهب بإحداهما ولو اختلف الأجل، وألزم عليه ابن يونس أشياء مجمعاً عليها فانظره.

وذكر يوماً هذا الشيخ عند أبي الحسن المريني فوصف بخيْر وصلاح فقال: يأكل من مال أهل إفريقية؟ قالوا له: نعم، فقال: لم يكن عند هذا ورع، بل الورع ما كان عليه هذا، وأشار إلى الشيخ أبي القاسم السيوري وكان مشرفاً عليه من سور القيروان حين كان محصوراً بها. قال: هذا الذي تخلى عن مال إفريقية حين كثر فيها الحرام زمن الفتنة حتى كان لا يأكل إلا من الوحش ويلبس من جلده.

وسئل أيضاً عن مغترق الذمة يعتق، هل يمضي عتقه أو يُرد؟ وإذا تاب العبد المعتق هل تصح توبته أم يلزمه شيء آخر؟.

فأجاب: قال الداودي: عتقه مردود ووصاياه غير جائزة ولا تورث أموالهم ويسلك بها مسلك ابن شاس، ويتصدق العبد بقيمته للفقراء والمساكين

---

(1) كذا وردت الجملة في أ وسقطت كلمة من ب.

ويجتهد في ذلك ويتحرى قيمة نفسه وتصح توبته. وفي موضع آخر: ولا يضحي ولا ينفق للأعياد ولا يفوّت من ماله شيئاً بغير عوض كالزواج ولا يحج ولا يؤاجر المعلم.

قلت: هذا على أصل الداودي أنهم كالمضروب على أيديهم. ويأتي لابن رشد خلافه في قضاء الصلوات أنه يفعل... [1] كالفجر والوتر والعيدين ونحو ذلك.

وعنه أيضاً: في رجل تاب وأعطى مالاً حراماً لغير معين ثم رجع إلى ما كان عليه فإنه يؤخذ منه ويعطى لغيره.

وعمن عند زوجته مال حرام لغير معين فأخرجته له وهو يحتاج إليه فيجوز له من ذلك قدر كفايته.

وعن مغترق ذمة غير معين أعطى لولده الفقير مالاً ولم يعدّه مما عليه، أراه لا يلزمه غيره إذا كان لا يُعرف له مالك.

وعمن جهز ابنته بمال حرام وحلي وهو من سوق المسلمين، والدراهم من دراهم السلطان، والوالد فقير حينئذ غير متق فلا غُرم.

وفي من استأجر قوماً في عمل مال حرام فأعطاهم الأجرة منه فيجري فيه ما يجري في معاملة الغصّاب.

وعن قوم متجاورين لقيهم قوم باغون فتقاتلا فماتت بينهم خيل فإنهم يغرمون الجميع. وعن قوم متقين حاربهم قوم فقتل المتقون منهم خيلاً فيها حلال وحرام وقتلوا رجلاً، لا يلزمهم شيء.

وعمن كان في جيش لبعض الظلمة وربما غُصِب قوم فحصل له شيء يسير، فهل يلزمه ما أخذ خاصة أو ما أخذ الجيش؟.

فأجاب: [170 ب] إن كان رأس الجيش ولولاه لم يكن ما كان فعليه غرم الجميع، وإن كان لا رأي له ولا وجه فعليه غرم ما أخذ خاصة.

---

(1) بياض بمقدار كلمة في ب.

قلت: هذا بخلاف المحاربين فإن بعضهم يحمل عن بعض وكل واحد مأخوذ بالجميع ولأن الجيش فيه الحق والباطل والمحاربون جميعهم على باطل. ومن هذا كان شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ ينقل عن بعض أشياخه أن كل من حضر من أعراب إفريقية أخذ الأمير أبي الحسن المريني لا تتقرر له توبة لأنه لا يقدر على رد جميع ما ضاع للجيش، ومن شرط التوبة رد المظالم إلى أهلها وهذا لا يستطيع ردها. وإذا فقد الشرط بطل المشروط. ويأتي من كلام ابن رشد ما يخالفه.

وعنه أيضاً: في مغترق الذمة يعطي حائطه بعد الخرص للمساكين في ما ترتب عليه من التباعات لكونها لغير معين وينوي زكاة ذلك الحائط بغير كيل وهل يجوز له دفع الثمن في ما عليه التباعات وهي دنانير ودراهم وعروض تجزيه الزكاة وإن لم يكلها، لأنها قد خرصت بعد ويجزيه دفع الثمن عما ترتب في ذمته.

وعمن اشترى بهيمة على أنها حلال ثم وقع البحث عن أحوالهم فوجدهم يمنعون الميراث ولا يعرفون صفة الحال فليتصدق بثمنها.

وفي من اشترى بهيمة حراماً وضمن الثمن آخر فدفع الثمن للمضمون، هل يلزمه شيء أم لا؟ فقال: لا يلزمه شيء.

قلت: إن كان الضامن غير عارف بالحرام فواضح، وإن كان عالماً فكذلك لأنه أمين المشتري ولا شيء عليه. والذي في المدونة: من غصب شيئاً فأودعه فهلك عند المودع فليس لربه تضمين المودع إلا أن يتعدي إنما ذلك في الشيء المغصوب وهذا ثمنه.

وسئل المازري عن مسألة أطال جوابها وأوضح أحكامها فقال بعد أن قدم مقدمة تشبهه أن تكون مقدمة خطبة تأليف ولطول المسألة تقرب أن تكون تأليفاً فقال: في السؤال بعد هذا: في رجل استغرقت ذمته بالغصوب إلى أن صار على العدم وحصل على التوبة والندم وطالبوه غير معلومين أو جلهم مجهول ومن علم منهم جُهلت حال المغصوبات له أو علمت وهلكت بأنواع تصرفاته، هل

تجوز بياعاته وتصرفاته وعطاياه وهباته؟ وهل من خالطه في ما تقدم جملة وتفصيلاً حكمه حكم مستغرق الذمة؟ وكيف لو دامت مخالطته وكثرت معاملته؟.

فقال: ما سألت عنه من حكم الغاصب المعروف بالغصب المستغرق الذمة الذي لا يعرف له مال حلال واختلطت أمواله وأنواع غصوباته، فاختلف الناس في حكم ماله على مذهبين هل يسلك به طريق الفيء أو الصدقات؟ وهذا إذا حصل في يد حكام المسلمين أو تاب ومكن نفسه. وأما لو امتنع بالقهر والغلبة وأخذ عنوة هل حكمه حكم المفلس المضروب على يديه أو حكم المديان؟ فعلى الأول لا تجوز هباته ولا بيعه ولا صدقته ولا هبته ولا معاوضته سواء علم أصل المبيع وما ذكر معه أنه من وجه جائز أو غير جائز أو مجهول الحال، ويبقى النظر في ما خرج مخرج المعاوضة في الثمن المدفوع فيه. وعلى القول الثاني يجوز بيعه ومعاوضته إذا لم تكن محاباة. وأما عطاياه وهباته فمردودة لحق الغير إلا أن تكون صدقة لمن يستحقها فتمضي قولاً واحداً، إذا فعل ما يفعله الإمام أو لم يفعله بل هو مطيع إذ فعل واجباً لا سيما إن كان المعطي ديناً خيّراً فاضلاً لأن الطالب غير معين وأرباب الديون غير معلومين. وتجزى الهبة والصدقة للغني على القولين هل حكمه حكم الفيء فيمضي ويفصل فيه؟ هل هو ممن يجبره الإمام أم لا؟ ويستحب إيثار الفقير، يريد أو حكم الصدقة فتجري على ما تقدم.

ودليل ما قلناه قوله عليه الصلاة والسلام في اللقطة بعد السنة: «فإن جاء ربها وإلا فشأنك بها» وفي حديث آخر: «فاستنفقها فإن جاء صاحبها فأدّها إليه» وفي آخر: «فهو مال [171 أ] الله يؤتيه من يشاء» فظاهرها جواز التصرف فيها والانتفاع بها مع جهل المالك وعدم العلم به لقوله: «يؤتيه من يشاء» جواز التملك والانتفاع به، لكن قوله: «مال الله» عام في الفيء والزكاة وما يتبع كل قسم منها، فهو منشأ الخلاف في المصرف. ويعضد أنه كالفيء قوله: «فاستنفقها» ظاهره في عدم الواجدين.

والناس في أخذ عطايا الأمراء على ثلاث فرق: منهم من قيل مع أنه يَنهى

عنه ويعيبه والله أعلم في مصرفه عنه منهم مالك والليث والشعبي والنخعي والأوزاعي وجماعة من العلماء. وكانوا مدّوا عند بني أمية والعباسيين. وروى مطرّف عن مالك أنه لا يقبل أموال الظلمة أمراء كانوا أو غيرهم إذا أخذوه من غير حقه، لا يحل لقاض ولا عالم ولا غيرهما، قيل له: فأنت تأخذ، قال: أكره أن أبُوءَ بإثمي وإثمك.

وكان الليث يُكثر الصدقة ويعطي أكثر مما يأخذ.

والفريق الآخر أخذوا، منهم عائشة وابن عمر والحسن وغيرهم.

والفريق الثالث لم يأخذوه وكرهوا أخذه وتفريقه منهم ابن المسيّب وغيره.

فروي عن عائشة أن بعض الأمراء بعث إليها بمائة ألف فقسمتها في ساعتها. وأخذ ابن عمر عشرين ألفاً فزاد عليها ألفاً وفرّقها من عنده. وأعطى ابن هبيرة للحسن ألفين فقسمها ابنه بأمره. وعن أبي ذر أرسل إليه بعض الأمراء بجائزة فلم يقبلها. وأرسل عبد الملك إلى ابن المسيب بخمسمائة دينار فلم يقبلها. وبعث الوليد لبشر بن سعيد خصياً فوجده في المسجد يصلي فسلم وقال: أنت فلان؟ قال: نعم، ولعله أراد غيري فخذ هذا المال وعاوده فإن قال أنا فارجع إليّ ها هنا ففعل، فلما أتى الخصي فلم يجده فقال لعمر بن عبد العزيز دللتني على حذوري وحلف ليقبلنه. فقال عمر: لعله كان غنياً عنه وأنت تجد مثله وأفضل منه، فقال: من هو؟ قال: فلان، فذكر رجلاً صالحاً فأرسل إليه فقبل فسري عنه.

وبعث ابن هبيرة إلى ابن سيرين بألفي دينار فلم يقبلها ودخل عليه وسلم سلاماً عاماً لم يخصه فألحّ عليه فلم يقبل وقال: ردوا علي أرضي أحب إليّ، قال: نعم، قال: فأزيلوا عنها الخراج، قال: نعم، قال: فما تصنعون فيه؟ قال: نقْصُه على أهل البلد، قال: إن رفعتموه من الأصل وإلا فلا حاجة لي فيها، فأبى ابن هبيرة فتركها ابن سيرين.

وكذا وجد لعبد الله بن عباس مع عبد الملك بن مروان ولخالد بن أسيد

مع مسروق وكان محتاجاً، وسليمان بن عبد الملك مع ابن مجيرين ولعمر بن عبد الله بن معمر مع بعضهم، ولمحمد أخي الحجاج وهو وال على اليمن مع طاووس ألقى على أكتافه طيلساناً شديد الجودة وهو في غاية البرد فأخذ يحوّل منكبيه حتى سقط عنه، فغضب محمد فقال له ابن منبّه حين خرجنا عنه: لو أخذته وتصدّقت به؟ فقال: ما أحسن هذا لولا أنهم يقولون أخذ طاووس ثم يأخذون ولا يتصدقون. وبعث إليه خالد بن أسيد بعشرين ألفاً فردها فقيل له: لو تصدقت بها؟ فقال: لولا أن... [1] بيتاً ثم هدي إليك منه أتقبله؟.

ابن حبيب: ومعنى ما روي «ما أتاك من غير مسألة فإنما هو رزق ساقه الله إليك» إنما ذلك في ما يصح أخذه لا في ما أخذه من سارق، وإن اشتراه منه فقد شاركه في إثمه. وكذا في بعض الأحاديث مع ما يوهن العالم بأخذه من الحق وإعانة الظالم على الظلم.

وعن سحنون: من قبل جائزة عامل أمير المؤمنين فهي جرحة في حقه. وكذا الإدمان في أكل طعامهم بخلاف الذلة والغلبة.

وهذا الكلام في مَن خَبُثَ مجباهم، وأما من اختص بالمجبي ولم يقسمه والمجبي صحيح فمن الناس من كره الأخذ حتى يساوي بين الناس وهو احتياط وهم بعض من لم يقبل كأبي ذر وبشر بن سعيد ونحوهما. ابن حبيب: الأخذ منهم جائز. وقد روى ابن وضاح بإسناده إلى ابن عمر أنه كان يقبل الجوائز وقبلها جماعة وسمّاهم من قبل من الفرقة الأولى والثانية كالحسن ومالك [171 ب] والليث وغيرهم.

وعن الوليد بن هشام أنه ذكر لعمر بن عبد العزيز القاسم بن محمد فأرسل إليه فجاءه فقال: سل حاجتك، فقال: يا أمير المؤمنين قد علمت ما جاء في المسألة، فقال: إنما إني قاسم، فقال: تقضي ديني، فقال: فعلتُ، قال: فسل حاجتك، قال: تلحقني في العطاء، قال: ألحقناك، فسل حاجتك، فقال: يا أمير المؤمنين أي شيء بقي؟ قال: أمرنا لك بخادم فخذها من الوليد بن هشام.

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصلين.

وعن الحسن: لا يرد عطاياهم إلا أحمق أو مُراءٍ. وعن بكر أنه كان يقبل العطية من امرأة سوداء تبيع الموز بمصر، قال: لأني كنت أراها تغزل. وعن الليث: إن لم يكن له مال أراد ثمن الخمر فليكفف. وأكره طعام العمال من جهة الورع من غير تحريم. وعن القاسم: لو كانت الدنيا كلها حراماً ما كان بد من العيش فيها. وعن مالك: كل من عمل للمسلمين فله رزقه من بيت المال، ولا بأس للإمام بإعطاء الجائزة للرجل يراه لها أهلاً من علم أو دين أو نحوه.

وروي في هذا الباب أحاديث نقلها الفقهاء: «خذوا حظ ما كان عملاً فإذا كان رشوة عن دينكم فلا تأخذوه ولستم بتاركيه يمنعكم الفقر والحاجة»، وفي آخر ذكر ما يكون من تحكم الأمراء قال: «أدنى الحق عليكم أن لا تأخذوا منهم العطاء ولا تحضروهم في الملاء» وفي حديث آخر: «لن يدع الديوان صاحبه حتى يقوده إلى النار كما تقاد الراحلة بزمامها». وفي سنن أبي داود عنه عليه الصلاة والسلام قال: «للمسائل كدوح يكدح بها الرجل وجهه فمن شاء أبقى على وجهه ومن شاء ترك إلا أن يسأل الرجل ذا السلطان أو في أمر لا يجد منه بُداً».

فالحديث الأول ظاهره الجواز ما لم يخف على دينه عند الأكل أو بعد القبول لقوله: «ما لم تكن رشوة عن دينكم». وآخر الحديث حكاية عما يقع إخبار بمغيب ومراده عما يقع بعده، وليس المراد المواجهين والمراد غيرهم ممن يأتي بعده أو يكون زمناً دون زمن أو والياً دون والٍ فلا تحرم العطية ما لم تكن أعيان المغصوب أو أعواضاً عنها فتحرم.

والحديث الثاني ظاهره النهي عن قبول عطاياهم مطلقاً وترك الدنو منهم والقرب على الجملة. فأما الولاة فبالنص وغيرهم الجامعة[1] إذا كان من أهل الغصوب والحكم في أعطيته على نحو ما مر من التفصيل إلا أنه تتأكد الكراهة، وإن علمت السلامة. وقوله: «أدنى الحق عليكم» يشير عليه الصلاة والسلام إلى الإنكار عليهم فإن لم تقدروا فلا تأخذوا منهم ولا تخالطوهم لما في ذلك من

(1) كذا بالأصلين.

تسويغهم لما يحل كسبه واجترائهم على فعله فيظن الجاهل جواز فعلهم من كثرة مخالطة من يقتدى بهم ومسارعته لقبول عطاياهم مطلقاً وترك الدنو. وقوله: «ولا تحضروهم في الملاء» تحضيض على النفرة منهم وقت المجامع. وقوله: «فأدنى الحق» دليل على أن ثم حقاً أعلى يريد مع القدرة عليه. وحديث: «لن يدع الديوان» إلى آخره، يحتمل أن يكون لمن أخذه تسبباً في الدخول في الأمور المحظورة أو يسلم في نفسه ويكون سبباً في دخول غيره في ذلك. وظاهر الحديث أن العطاء غير محصور في ذاته لكن لما يؤدي إليه من الوقوع في ما لا يحل.

وأما حديث أبي داود المتقدم فهو أثبت ما في هذا الباب وهو يقتضي بجواز سؤال السلطان وهو عندهم عام في كل سلطان، وفيه نظر، لأنه واحد منكّر فيكون مطلقاً في جنسه أو ليس بعام فإذا احتمل الخصوص والعموم فلا يدل إلا أن يقول: إباحته عليه الصلاة والسلام لمن كان موصوفاً بالتلطّف فيكون في جواز المسألة جواز الأخذ. وظاهر قوله: «الرجل» العموم في السائلين لمن به مظنة وتغلب عليه السلامة عند الأخذ ولا يدخل في محضور بعده[1]. فتكون الأحاديث المتقدمة متقاربة المعنى فتبنى على ما تقدم. ومعنى قول ابن حبيب إذا خبث المجبى لم يؤخذ منهم يعني الولاة [172 أ] أهل ديوان أو غيرهم لا عطاء ولا مبايعة ولا غيرها إلا أن يعلم صحة المأخوذ من فيء ونحوه. وكلامه يجري على ما تقدم من العطية والشراء ونحو ذلك.

والمشتري من الغاصب إن كان مالكه معلوماً فلا يحل شراؤه، وإذا وقع فالمغصوب منه بالخيار في الإمضاء وأخذ الثمن على اختلاف في جواز هذا البيع، وعلى إجازته هل له اتباع المشتري بالثمن وإن دفعه للغاصب أو لغير مستحق فإن علم بالغصب فحكمه حكمه. وكذا لو تكررت هذه البياعات بطوع أربابه لدفعه الأثمان لغير مستحقها وتملكه ما لا يصح ملكه إلا بإذن مالكيه فتجب عليهم القِيَمُ عند الفوت في ما لا مثل له أو المثل في ما له مثل على حكم معاملات مستغرق الذمة بالغصوب.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

ومن اشترى سلعة حلالاً بمال حرام فإما أن يكون عيناً أو عرضاً، فالأول إما أن يشترط عينه أو لا، وظاهر المذهب سواء عينها أو لا، وهو أنه يجب مثلها عند استحقاقها ولا يُفسخ البيع، فعلى هذا يسوغ شراؤها من يد من اشتراها، وهو مذهب ابن سحنون وابن حبيب، علم البائع بخبث الثمن أو لا. وفرّق ابن عبدوس بين علمه بخبث الثمن فيسوغ شراؤها وعدم علمه فلا يُشترى منه. وهذا الفقه لا وجه له، والظاهر أن لا فرق. وكره سحنون شراءها منه مطلقاً. ومذهب الشافعي وابن المنذر والمروزي أن الشراء بالمال بعينه يفسد الصفقة مطلقاً ويجب فسخها وإن تكررت على أناس شتى. ولو وقع الشراء بغير معيّن ثم دفع المعين فالصفقة صحيحة قولاً واحداً. ولو كان المشترى به عرضاً حراماً لم يجز الشراء لتخيير المغصوبين في إمضاء البيع أو أخذ متاعهم. وعلى غير مذهب مالك وأصحابه فالبيع غير منعقد وهي على ملك ربها فلا يجوز شراؤها على هذا بإجماع.

وأما شراء الحرام بالمال الحلال فعن بعض الناس أن ما أخذ في الحرام حرام، والحرام حرام بيد آخذه ومتى علمه ربه أخذه. وهو مذهب الداودي وهو صواب. وحكم مشتريه حكم بائعه إن كان غاصباً أو سارقاً في التضمين ولزوم القيمة في الضياع والهلاك. وإن تكررت بياعاته على هذه الصفة حتى استغرقت القيم أو الأمثال ذمته فحكمه حكم مستغرق الذمة.

وإذا تولى الغاصب المتسلط الشراء من أحد فلا يخلو أن يكون الغاصب هو طالب الشراء أو البائع أو يجهل الأمر.

فالأول يكون البائع إذا أكره أو ذكر أنه أكره وإنما باع خوفاً منه لطلبه إياه في البيع، فالبائع في الخيار بين إمضاء البيع أو رده ويأخذ غلته إن كانت. وأما الثاني إذا سأله البائع الشراء أو لم يظهر من المشتري قهر ولا خوف وليس الثمن بحرام ولا شيء مما يراد بعينه فبيعه ماض على ما مر من التفصيل. وأما لو جهل الأمر وادعى البائع الإكراه على المبتاع والخوف منه فالقول قوله لادعائه ما يشبه، محمول على الغالب وله أخذ المبيع، وفي القلة نظر. وظاهر المذهب

أنها للمشتري لجهل صفة الحال إذ يكون رضي البيع والاختلاف في رد غلات المغصوب. والظاهر عندي على قياس المذهب وعدم مراعاة الخلاف رد الغلة كما رد الأصل للحمل على الغالب فيهما. وهو بمنزلة من عُلمت منه الإرادة ويكون حكمه حكم ما تقدم ووصاياه وعتقه مردود ولا يورث ما هلك عنه وحكمه حكم مال الله تعالى يسلك به مسلكه.

وإن ثبت عليه دين لأحد لم يقض له بشيء إذ لا يدرى ما يقع له في الحصاص وسواء كان الدين من معاوضة وقد استهلك المبيع أو غيره. وقد أجاز بعض الناس لمن ثبت له دين على من تقدم أن يشتري سلعة ويحيل بائعها عليه بثمنها بعد أن يعلم البائع عيب ذمتهم، وفيه نظر إذ لا يُدْرى أيضاً ما يطرأ في الحصاص إلا أن يجوز على مذهب من يجعله كقضاء المديان بعض الغرماء قبل التفليس فيجوز قضاؤه على أظهر القولين.

[172 ب] واختلف المذهب في المرتدّ إذا باع واشترى أو وهب قبل التحجير عليه، فقيل: هو ماض حتى يحجر عليه، أو هو كالمحجور عليه بنفس الردة وهذا إن قُتِل على ردّته. ولو رجع إلى الإسلام مضى من فعله ما كان قبل الحجر، واختلف في ما كان بعد الحجر. وهذه كمسألة مستغرق الذمة والجامع أن ما بأيديهما النظر فيه للإمام وأنه مال الله تعالى لا يورث عن أحد منهما، فانظر هل يتخرج فيه من الخلاف ما في المرتد في عتقه وهبته وبيعه وصدقته أم لا؟.

قلت: هذا الإجراء أشار إليه التونسي في تعليقته في الضحايا حين تكلم على أموال مستغرق الذمة. والفرق بينهما عندي أن المرتد، الأصل أن ماله له حتى يقع القتل عليه فحينئذ يباح ماله لبيت المال، لا سيما على مذهب من يقول ما تحبط أعماله إلا بالوفاة على الكفر، وهو أحد القولين في المدونة. ومستغرق الذمة بالغصوب ماله مستحق عليه إما لأربابه أو لبيت المال يتصرف فيه تصرف الزكاة أو الفيء فلا تمضي تبرعاته فيه بخلاف المرتد. ويلزم على قول ابن نافع إن ماله بنفس ردته لبيت المال ولا يرجع إليه وإن تاب. وأحفظ للخمي في

كتاب العبيد عكسه. وعلى القول بإحباط عمله بنفس الردة فالأصل كفره ليصح القياس، والله أعلم. وسبب الخلاف فيه تعارض الآيتين آية قوله تعالى: ﴿فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ﴾[1] فشرط الوافاة، والآية الأخرى: ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾[2] وفي الاثنين كلام ليس هذا محل ذكره.

قال: وأما لو تاب مستغرق الذمة وندم على ما فعل ولم يجد ما يعطي لأرباب الأموال إن كانوا معينين أو الإمام إن كانوا غير معينين فإما أن يكون قادراً على الغصب والقهر أو صار إلى غاية العجز، فالأول هو التائب على الحقيقة لأنه ترك ما يقدر على فعله، والراجع لغة وشرعاً على ما فعل في الحال والمآل ونادم على ما سلف، وإن عجز عنه ولا تتأتى له القدرة عليه ولا التشوف إليه فهو غير تائب على الحقيقة لعدم قدرته على الفعل حتى يُقال رجع عنه، والتوبة الرجوع، وعليه محمل قوله تعالى: ﴿ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ﴾[3] لكن يجب على العاجز اكتساب الندم على ما فات والقصد أنه لو قدر على المعصية لتجنبها في كل وقت، ولو كسب مالاً طيباً لصرفه في وجوهه. فإن اكتسب شيئاً وجب صرفه حيث يُصرف مال الله فيتحرى جميع ما استهلك للناس ويؤديه مع القدرة إلا أن يرى الإمام أو أهل الحل والعقد من علماء المسلمين وفضلائهم في عدمه أن يعطوه شيئاً من ماله على الاجتهاد فيعمل ذلك لأن الطالب غير معين، لكن الأظهر ما قدمت وعليه الأدلة.

وسئل ابن أبي زيد عمن غصب ليهودي مالاً ثم فُقِد اليهودي ولا يُدرى أين هو ولا مَن هو وأراد الغاصب التحلل.

فقال: إن كان من أهل الصلح وهم معروفون وعليهم خراج يؤدونه دفعه إليهم، وإن لم يُعلم أو كان من غير ذلك البلد فليكن في بيت المال أو يتصدق به في عدمه، وهو نحو ما قدمنا في ما جُهل أربابه يصرف مصرف الفيء أو

---

(1) سورة البقرة، الآية: 217.

(2) سورة الزمر، الآية: 65.

(3) سورة التوبة، الآية: 118.

الصدقات. وكذا إن أعدم ثم تاب ثم أيسر وجب عليه إخراج على نحو ما مر.

ووقع لبعض شيوخ إفريقية في مستغرق الذمة بالغصوبات يتصدق ويبني المسجد ويفعل بالمال القرب، ثواب ذلك لأربابه وعليه ذنوب التعدي وفعله، وفيه نظر لأن أربابها إذا كانوا معلومين فهو متعد في إمساكه وهم مخيّرون في إمضاء الصدقة أو ردها، وإن هلك المال فالغاصب ضامن وحاله في القضاء على نحو ما تقدم. وإن جهلت أعيان المغصوبات وأهلها فتصدقه بها واجب عليه إذا ما فعله هو المأمور به لأنه مطيع في الإخراج مأثوم في الغصب. وكذا الحكم في جهل أرباب الغصوبات خاصة، ويتفصل حاله هل هو تائب أو لم يزل مصرّاً مصمماً على الذنوب على نحو ما مر.

قلت: كان الشيخ الصالح أبو الحسن المنتصر شيخ بعض [173 أ] شيوخنا يميل إلى هذا المذهب ويقول: إذا مر بسبّالة ابن طاهر ويرى كثرة الواردين عليها يقول: هذا الرجل وقع على دراهم حلال حين جعل هذه السبالة لثواب صاحبها، وهو الصواب لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس لعرق ظالم حق» والظلم أحق بالحمل عليه يكون عليه أوزار التبعات وأجرها مدخر لصاحبها. فجمع عليه الأمران لشؤم ظلمه.

وكان ابن طاهر هذا صاحب أشغال أمير إفريقية أبي يحيى بن أبي بكر في وسط القرن الثامن بتونس المحروسة.

قال: ووردت الشريعة بتحريم الغصب وإنفاذ الوعيد فيه. منها ما روي عنه عليه الصلاة والسلام: «كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله» أخرجه مسلم. وفي حديث آخر: «فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كيومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» أخرجه الصحيحان.

وورد في القرآن تحريم أخذ الأموال على وجه السرقة والتعذيب في الدنيا والآخرة، قال تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾[1] الآية، وقال: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ

(1) سورة المائدة، الآية: 38.

أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا﴾[1] الآية. وكذا إنفاذ الوعيد في الآخرة، قال تعالى: ﴿ يَوْمَ يُحْمَىٰ عَلَيْهَا فِى نَارِ جَهَنَّمَ ﴾[2] الآية، لغصبه المساكين. وقيل ذلك في قوله تعالى: ﴿ سَيُطَوَّقُونَ مَا بَخِلُوا۟ بِهِۦ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ﴾[3]. وقال: ﴿ إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾[4]. وقد كثر في الكتاب والسنة والإجماع تحريم الظلم. فإذا ثبت ما مر فالأصح والأظهر عندي تجنب مبايعة مثل هؤلاء ومخالطتهم ومعاونتهم. وهذا بيّن في الدين وأشبه بأمور المتقين لا سيما لمن يُقتدى به. وقد يتأكد على من هذه صفته إذ في تجنبهم ردع لما فعلوه ومنع لهم. ومخالطتهم في المبايعة وما معها يؤدي إلى الإعانة في اكتساب المعاصي والزلات وتسهيل الغصب، وفي ما تقدم من السلف إشارة لهذا.

وقد أجمعوا على كراهة تناول الصلات منهم وإن اختلفوا في القبول فيجب على كل عاقل مكلف أن يعرف ما يتصرف فيه من مطعم وملبس وتجارة وما يعرض من إجارة ونحوها ويتجنبها حتى يعرف حكم الله فيها. وقد فصّل الشيوخ بين المطعم والملبس وما ذكر معهما وفرقوا بينهما بوجوه، وأنا أذكر سيرتهم.

فحكي عن ابن زيد أنه كان لا يأكل اللحم في ذلك الوقت إلا أن يتصدق بثمنه. قال السيوري: ولم يكن على أكله حينئذ درك لأن الغالب الحلية لكن من جهة الورع.

وعن القابسي: لا يؤكل من اللحم إلا ما عرف أصله. ومثله لأبي عمران الفاسي وابن عبد الرحمن مع غلبة الحلال في وقتهم. وزاد القابسي أنه كان لا يأكل من لحمٍ دَخَل صَبْرة ولا يلبس ما عمل فيها من نعل وغيره. وكان ابن أبي زيد وأبو عمران مع ذلك يكثران النحر وكذا ابن عبد الرحمن، وكان القابسي

(1) سورة النساء، الآية: 10.
(2) سورة التوبة، الآية: 35.
(3) سورة آل عمران، الآية: 180.
(4) سورة الشورى، الآية: 42.

يبيع بعض ما يفضل عنه ويصرفه حيث يرى من صدقة وغيرها مع وجود صنهاجة وأخذهم الأعشار. ومثل ما تقدم نقل عن السيوري وابن محرز.

وطريقة الجميع في التكسب والتوسع فيه مشهورة ويتجرون في المأكل والملبس. وكان السيوري لا يأكل اللحم وينهى عنه مذ كانت الفتنة ولا يرد في السؤالات المكتوبة في الرقّ، وما احتاج إليه من الوثائق كتَبه في رقّ قديم أو جلود أو غيرها إذا لم يجد رقّاً يعرف أصله، ولا يلبس خُفاً ولا نعلاً إلا من جلد وحشي أو من جلد يعرف أصله من كسب طيب. وتوسعهم في المكسب معلوم فيتبايعون بما لا يعلمون أصله لاختلاط الدراهم وجولانها في أيدي الفقراء وغيرهم ولا يقطعون بالفساد في ما دخل في أيديهم إذ الأكثر سالم عندهم. وقصدوا في المطعم قوله عليه الصلاة والسلام: «ما أخذ طعاماً قط خيراً من عمل يده، وأن نبي الله داود كان يأكل من عمل يده». أخرجه الصحيحان. وفي النسائي عنه عليه الصلاة والسلام: «إن أولادكم من [173 ب] أطيب كسبكم فكلوا من كسب أولادكم» فحضَّ على الأكل من أطيب الكسب. وكذا الحديث الآخر حثّ فيه على الأكل من خير ما كسب.

وذكر البخاري عن خُبيب أنه قال لأصحابه: أول ما ينتن من الإنسان بطنه فمن استطاع أن لا يأكل إلا طيباً فليفعل، ومثله لا يقوله الصحابي إلا عن توقيف إذ ليس موضع اجتهاد.

والظاهر عندي اليوم استواء المطعم في التحري والبحث عنه لأن غالب الأكل اليوم التساوي في الاشتباه وعدم السلامة من شبهة، فإن كل ما يتصرف فيه الناس اليوم من دنانير ودراهم إنما هي مضروبة ومصروفة من قوم عُرفتْ صفاتهم ولا يكاد يضربها من الناس إلا الآحاد، وجميع من يتصرف بها إنما يأخذها ممن يضربها أو يكون أصلها منه بالمعاملة. وقد تقدم أن المشتري من الغاصب مع علمه كالغاصب.

وهذه الفضة والذهب المغصوبان ثم ضربا اختلف الناس فيهما فقيل ليس للمغصوب منه أخذهما لفوتهما بالضَرب ويأخذ مثلهما، وقيل: له الأخذ وهو الأظهر لتقرر ملكه، ويأخذهما بغير أجر على الأصح عندي، إلا أن يقال إن

العين لا تعلم بعينها ولا يعرف أربابها فيتوقف استحقاقها. ولو كان إمام عدل لأخذ ذلك من أيدي المصارفين ويكون حكمه حكم مال الله. وعن بعض المتأخرين نحو ما أصّلنا وأنه لا يصح ورع في تناول الدنانير والدراهم مع ما في الدنانير الآن من الفضة وتبايع الناس بالدراهم والفضة وهو وجه يتحسّس إليه أهل التحقيق والأظهر. وبقي في هذه المسألة ما يتعلق بها من الأحاديث الواردة في ما أشكل الأمر، وبالله التوفيق.

قلت: كذا جمع هذه المسألة ابن رشد وأنا أذكرها عنه لأن فيها زيادة وإن كان وقع في بعضها تكرار بتحصيل الزيادة، فقال: إن سأل سائل عن أموال الظلمة والولاة ومن في معناهم من المرتشين والمخلطين والمرتدّين في خاصة أنفسهم ومعاملاتهم، فجوابه إن ذلك على قسمين: أحدهما أن يكون الحرام فاتت عينه وتعذر ردّه على أربابه، والثاني أن يكون قائماً بعينه لم يفت، فالأول إما أن يكون الغالب على ماله الحلال أو الغالب عليه الحرام أو كله حرام، إما بتكسب ذلك أو استهلك أكثر ما بيده من الحلال فإن غلب على ماله الحلية فالواجب في خاصته الاستغفار والتوبة بردّ المظالم لأهلها إن عرفهم والتصدق عنهم إن لم يعرفهم بما غصبه أو سرقه أو خان فيه يتصدق بوزنه إن كان عيناً أو بالأكثر من قيمته يوم غصبه أو ما باعه به إن كان عرضاً وقيل عليه الأكثر، مما انتهت إليه قيمته من يوم غصبه إلى يوم باعه أو الثمن المبيع، وإن علم صاحبه أدّاه إليه في ذلك كله، وما كان من تغريم وال قدمه لقبضه منهم وجب أن يغرم جميع ما قبضه منهم دفعه إلى الوالي الذي قدمهم أو استأثر به لنفسه وإن لم يعرف عينهم تصدق به عنهم. وكذا ما أهدوا إليه لقوله عليه الصلاة والسلام: «هدايا الأمراء غلول» أهدى له عن ردّ مظلمة أو حكم بحق أو جور إلا أن القضاء بالجور يلزمه مع رد ما أتلف بجوره للمحكوم عليه. وما وقع من رباً في عرض أو دين لزمه التصدق بالزائد على رأس ماله لقوله تعالى: ﴿فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾[1] ولو أربى ببيع ذهب بذهب أو فضة بفضة متفاضلاً تصدق بما

---

(1) سورة البقرة، الآية: 279.

أخذ زائداً على ما أعطى وإن كان هو معطي الزائد لزمته التوبة خاصة وإن كان الربا في بيع دراهم بذهب أو بالعكس لأجل توبته التصدق بما زادت قيمة ما أخذ على ما أعطى يوم التجر والاختيار التصدق بالزائد من أعلا [174 أ] الصرفين، وإن عُلم صاحبه وجب رد ذلك كله على نحو ما مر. فإذا فعل ما مر فحينئذ تزول جرحته وتتم عدالته وطاب له ما بقي وبريء من الإثم وتجوز مبايعته وهديته وأكل طعامه بإجماع. واختلف إذا لم يفعل في معاملته وهديته وطعامه، فأجازه ابن القاسم وأبى ذلك ابن وهب وحرّمه أصبغ، وقبول هديته وأكل طعامه محمول على هذا.

وقول ابن القاسم هو القياس لترتب الحرام في ذمته وليس متعيناً في جميع ما في يديه. ووجه قول ابن وهب إن الحرام لما خالط الحلال شاع فيه فإذا عامله فقد عامله بحرمته فرآه من المتشابه وتوقاه لقوله عليه الصلاة والسلام: «وبينهما متشابهات فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه» الحديث. وقول أصبغ تشديد على غير قياس لأنه جعله كله حراماً فقال: من عامله وجب عليه التصدق بكل ماله وهو بعيد فترك المعاملة وقبول الهدية أولى لمن تورّع لا سيما إن كان يُقتدى به.

وأما إن غلب على ماله الحرام فحكمه في خاصة نفسه ما تقدم، وأما معاملته وهبته فمنع منه أصحابنا قيل على الكراهة وقيل على التحريم إلا أن مبتاع سلعة حلالاً فلا بأس بشرائها منه ويهبها إذا علم أنه بقي في يده ما يقابل ما عليه من التباعات على القول بكراهة معاملته. ولو ورث سلعة أو وهبت له لجاز ابتياعها وقبول هبتها منه قولاً واحداً.

وأما إن كان ماله كله حراماً على صفة ما مر فتجب عليه الصدقة بكل ما بيده أو يضعه في ما ينفع المسلمين، على الخلاف في المال المجهول أربابه هل حكمه كالزكاة أو كالفيء ولا يبقي منه إلا ما يستر عورته ويسد جوعته؟ والفرق بينه وبين المفلس الذي يترك له لباس مثله وثوباً جمعته وما يعيش به هو وأهله الأيام لمعاملة الغرماء إياه على ذلك باختيارهم، فيدخلون معه على ذلك ولا يدخلون مع الظلمة على ذلك ولا أذِنُوا لهم في شيء.

وأما معاملتهم في ذلك المال ففيها أربعة أقوال: الأول لا تجوز مبايعته فيه ولا معاملته ولا هبته ولا أكل طعامه، وإن كان الموهوب أو المطعوم اشتراه أو وهب له لأنه متى صار إليه بأي وجه كان يجب لأهل تباعاته، فحكمه حكم ما بيده فلا يجوز إتلافه عليهم بوجه وإن جهلوا فهو كمستغرق الذمة في الديون فلا تجوز هبته خلافاً لأهل العراق.

والقول الثاني: جواز معاملته في ذلك المال سواء وهب له أو ورثه إذا عومل بالقيمة إذا لم يُدخل نقصاً عليهم، والأول الصحيح لعدم انفكاك البيوع من العين فقد يكون ما يأخذ أكثر مما يعطي ثم تنعكس بعد ذلك الأسواق فتنقص وذلك بغير إذنهم، وأيضاً فهو مضروب على يديه فلا تجوز معاملته ولهذا لا يجوز قضاؤه لبعض التباعات دون بعض إن علمهم بخلاف المديان لأنهم دخلوا معه على جواز البيع والشراء وهو مطلق اليد ما لم يضربوا على يديه وله أن يقضي بعض الغرماء على اختلاف قول مالك في ذلك.

والقول الثالث لا تجوز معاملته بحال فإن بايعه أحد فالسلعة عليه حرام وثمنها على البائع حرام، فإن هذه السلعة بذلك المال وأصلها طيب طابت للمشتري وكذا لو أهدى طابت للمهدى له وما ورث أو وهب له يجوز شراؤه منه وتقبل منه هبته، وروي هذا عن سحنون وابن حبيب. قال ابن حبيب: وكذلك العمال، ما اشتروه في الأسواق وأهدوه طاب لمن وهب له ووجه هذا العين الحرام ما دامت بيده فهي كالعرض المعين وإن غاب عليه لا يجوز أن يبتدىء بها ولا تقبل هديته، فإذا اشترى عرضاً فالثمن في ذمته بتحويله في العرض، والعرض عليه حرام لكونه مشترى بمال حرام، فإن وهب ذلك أو باعه طاب لهذا لأن أصله حلال وترتب الحرام في ذمة البائع والواهب وهو مطلوب به. وما روي عن سحنون أنه أتى بدينارين لا يرضاهما فأرسل لمن يبدلهما له فاستجازة بدل الملك لا وجه له إلا [174 أ] أن تكون كراهته لفساد السكة لا خبثهما فاستجازهما لتبدل الملك إليه من عند من أتى بهما يتخرج على القول الرابع الآتي ويكون خلاف المعلوم من قوله وورعه وفضله. وأما كونهما طابا له بالبدل فبعيد إذ لا خلاف بين العلماء أن عوض الحرام حرام والمختلف المأخوذ

في عوض الحلال من الحرام إن كان عيناً وغاب عليه الظالم ففي شراء السلعة الحلال بالمال الحرام ثلاثة أقوال جواز البيع علم البائع بخبث الثمن أم لا لابن سحنون وابن حبيب، وعدم الجواز لسحنون، والجواز إن علم البائع بالخبث، وعدمه مع عدم العلم لابن عبدوس. الداودي نحا منحى الورع ولم يصب لأنه إذا علم أعذر مما إذا لم يعلم وليس هذا بصحيح لأن معنى قول ابن عبدوس إنه مع العلم رضي بمعاملته ومع عدمه لم يرضها ويرد سلعته فإذا وجب نقضه فلا يجوز شراؤها من المشتري، وهو صحيح ينبغي حمله على التفسير لقول ابن سحنون وابن حبيب، فإن حمل قولهما لأن مساواتهما بين العلم وعدمه إذا لم يدخلا على ذلك ورضيا به بعد ذلك فترجع المسألة إلى قولين: عدم الجواز لسحنون وهو الصحيح، والجواز مع العلم ولو ورث أو وهبت له، فيتخرج جواز شرائها منه على قولين.

القول الرابع إن العين على صاحبها حرام فإن وهبه أو اشترى به سلعة طاب للبائع والموهوب وهذا عن ابن مزين وغيره وعلى هذا يرثه ورثته عنه وهو قول ابن شهاب والحسن البصري. وروي عن ابن شهاب في من كان على عمل فأخذ الرشوة والغلول والخمر ومن أكثر تجارته الربا فهو شائع لورثته علموا بالخبث أو لا، وإثمه على جابيه.

وعن الحسن: دخل على عبد الله بن الأهثم يعوده في موضعه فصرف عبد الله نظره إلى صندوق في بيته فقال: يا أبا سعيد هذه مائة ألف لم أؤد منها زكاة ولم أصل رحماً، فقال الحسن لولده بعد موته: أتاك هذا المال حلالاً أتاك عفواً صفواً ممن كان جموحاً منوعاً من باطل جمعه ومن حق منعه.

وحجة هذا القول أن عمر بن عبد العزيز أعطى من بيت مال أمراء الجور للفقهاء وغيرهم ممن يستحقه لأن العين صارت في ذمة جابيها ولا حجة فيه لأنه ولى لذا ما علم من المظالم من بيت المال وفيها الحلال والحرام.

وفي العتبية عن سحنون: إن جل ما كان يدخل البيوت المستقيم والظالمون فيه قليل، وهذا تأويل من قبل جوائز ممن لا يرضى من الخلفاء

كالليث ومالك. فقد روي عن مالك أن المال لغير حقه لا يحل لقاض ولا عالم ولا غيره فلم يقبل مالك ما اعتقد حرمته وإنما أخذ ما فيه شبهة تقيه على نفسه مخافة أن يعتقد أنه ممن يرى الخروج عليهم وهو كاره لأخذ ذلك لأنه كان ينهى الناس عن الأخذ فإذا قيل له إنك تأخذ قال: أخاف أن أبوء بإثمي وإثمك وهذا كله إذا تبين من أهل التباعات ولو علموا لتعينوا ولا يصح إلا بالأول.

ولو اغتصب هذا المستغرق دنانير أو دراهم أو طعاماً يغاب عليه ولم يعرف بعينه لساغ للمغصوب تضمينه المثل إذا لم يدخل على أهل تباعته نقصاً ولا غصب سلعة فجحدها لساغ له تضمينه قيمتها قولاً واحداً إذا لم يدخل عليهم نقصاً ولو قتل دابة أو أحرق ثوباً أو أفسده فلا تسوغ قيمته إلا على القول الرابع لإدخالهم النقص عليهم وكذا لا يسوغ لأحد خدمة أو حجام أخذ إجارة إلا على الرابع لإدخالهم النقص عليهم ولو تعلقت الأجرة بالمال فهي كالمبايعة وتقدمت ولا يجوز له النكاح بذلك المال كالمغصوب المضروب على يديه.

وقد سئل [175 أ] مالك عن التزوج بالمال الحرام أيُضَارع الربا فقال: إني والله لأخافه ولكن لا أقوله ولا تخالع به المرأة زوجها ولا يؤدي منه أرش جناية عمداً كانت أو خطأً وتطيب هذه الأشياء للآخذ على القول الرابع، ولا يورث عنهم ولا تجوز وصاياهم لأن أهل التباعات أحق بماله لأنها ديون وهي قبل الميراث والوصايا فإن جهل أصحاب الحقوق ويئس منهم تصدق بالمال عنهم فإن كان الورثة فقراء أخذوه بوصف الفقراء لا على وجه الميراث هذا الصحيح من القول.

وتقدم عن الزهري والبصري توريثهم وهو يتخرج على القول الرابع كما مرّ. وقيل إن انتفع المسلمون بورثته في وجه من الوجوه التي يرتزقون بها من بيت المال فيسوغ لهم على القول بأنه كالفيء والقياس على هذا القول أخذه من الميراث لأنه رآه كالفيء أسقط عنه حق أهله فيكون ميراثاً كما لو جهل الورثة فسقط حقهم فيأخذه الموالي بالولاء، ولو لم يسقط حقهم لوجب الصدقة به عنهم وهو القول الآخر.

وأما القسم الثاني فهو كون الحرام قائماً بعينه عند آخذيه فيرد بعينه إلى ربه سواء كان له مال سواه أو لم يكن فلا يحل لأحد شراؤه إن كان عرضاً ولا البيع به إن كان عيناً ولا يأكله إن كان طعاماً ولا يُقبل هبة ولا يُدفع في حق عليه، ومن فعل شيئاً من هذا مع العلم فهو كالغاصب في جميع أموره. وكذا لو فات ولم تذهب عينه بأمر من الله أو بجناية غير الغاصب إذ صاحبه مجبر. وكذا لو أفاته الغاصب بما لا يقطع تخيير صاحبه كذبح شاة أو بناء بقعة أو خياطة ثوب أو صبغة وشبهة، ولو أفاته بما يوجب القيمة أو المثل في المثليات ما يسقط خيار ربها عند بعض العلماء كالفضة يصوغها حلياً أو الصفر بجعله قدماً أو يجعل توابيت من الخشب أو باباً أو يجعل الصوف أو الكتان أو الحرير ثوباً أو شبه ذلك فلا يسوغ شراؤه ولا وهبته، لجلالة من يقول من العلماء إن لربها أخذها كما هي ولا شيء عليه في ما صنع لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس لعرق ظالم حق» بدليل لو غصب قمحاً فجعله خبزاً أو ذبح شاة وصنع منها طعاماً وأنفق عليه أضعاف قيمته لما ساغ لأحد أكله على القول بأنه لا يأخذ إلا المثل.

ولو غصب بقراً أو عبيداً فحرث بهما زرعاً حلالاً في أرض حلال فيأخذ منه زرعاً كثيراً لكان الشراء منه مكروهاً حتى يصلح شأنه مع صاحب المنافع، ولا خلاف في كون الزرع للغاصب. وليس كراهته في القوة ككراهته بشراء القمح الذي غصبت زريعته لأن هناك من يرى الزرع للزريعة. ولو زرع في أرض مغصوبة فلا يجوز شراء قمح لأن الخلاف فيها قوي مشهور، لقوله: «ليس لعرق ظالم حق» ولا يشبه ولادة الحيوان المتفق عليها، فقس على هذا مما لا خلاف أنه لا حق للمغصوب منه ولا يخير فيكره اشتراؤه.

وما كان فيه اختلاف ضعيف فتقوى الكراهة قبل تصفيته من صاحبه، وما قوي خلافه لم يجز شراؤه لمراعاة الخلاف، وما لا خلاف في تخيير المغصوب منه فلا يحل لأحد شراؤه.

وإذا باع الغاصب ما غصب وهو عرض فباعه بعرض فلا يجوز شراؤه من

الغاصب لأن للمغصوب منه أن يأخذه ويجيز البيع إلا أن يفوت بيد الغاصب فيختار المغصوب منه أخذ العوض من المشتري فيجوز شراؤه حينئذ من الغاصب إن لم يكن مستغرق الذمة. وكذا لو باع الغاصب العرض بعرض ثم باع ذلك العرض لآخر لا يجوز لأحد شراؤه منه إلا أن يفوت فيختار المغصوب منه أن يأخذ عوضه من المشتري الأول أو ثمنه من الثاني ويكون الغاصب غير مستغرق [175 ب] كما مر لابن القاسم. ولو باع ما غصبه بعين فلا يجوز لأحد بيع أرضه بتلك الدنانير والدراهم بعينها ولم يكن مستغرقاً إلا على تأويل ضعيف من أن العين لا تتعين، على قول. ولو ابتاع بتلك العين عرضاً آخر لجاز شراؤه منه إن لم يكن مستغرقاً لأن المغصوب منه لا اعتراض له على هذا العرض وإنما تخيره بين أخذ سلعته من يد المشتري ويرجعه على الغاصب أو يجيز البيع ويأخذ مثل الثمن من الغاصب. ومن العلماء من لا يجيز هذه الإجازة ويأخذ الثمن لإبطال استحقاق البيع فكأنه لم يكن فتنتقض الصفقات كلها، والعين كالعرض إن اشترى بها وإن عقده باللفظ ودفع العين فلا نقض، ولو غصب العين فلا يجوز لأحد أن يبيع منه سلعة بها ولا يقبلها هبة وإن لم تستغرق ذمته، ولا يؤكل طعام اشتراه بها لأن من العلماء من يرى البيع بها منفسخاً بكل حال ويبقى الطعام والسلعة على ذمة بائعها. ولو اشترى هذه الأشياء على ذمته ودفع تلك العين المغتصبة لكان الأكل والشراء مكروهاً حتى يصلح نفسه مع أربابها.

وأما لو اشترى بالعين المغصوبة سلعاً فلا يحل شراؤها منه لأن الشافعي والمزني وغيرهما يقولون: لا ينعقد البيع فيها وهي باقية على ملك البائع كما مر، وقيل ينعقد البيع ولصاحب العين الإمضاء وأخذ السلعة وهذا يأتي على قول ابن عمر ونافع مولاه: من تعدى على وديعة فتجِرَ وربحَ فيها، الربح لصاحبها.

واختلف في غلات المغصوب، فقيل للغاصب لقوله عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان» وقيل للغاصب إلا ما تولد عن المغصوب كلبن الغنم وصوفها وثمرة الشجر فللمغصوب منه لتولده عن شُبَه، وقيل ليس له إلا غلة الحيوان والثياب، وهو أحد قولي مالك فيها. وقيل لا شيء له مطلقاً لقوله: «ليس لعرق ظالم حق» وقيل غلات المغصوب كحكم المغصوب نفسه في جميع

الأحوال، فلا يجوز لهذا الخلاف شراء شيء من المغصوب من الغلات كلها من أي نوع كانت ولا يجوز قبول هبة منها وأشدها في التحريم لبن الماشية والصوف وثمر النخل ونحوها لقلة القائلين إنها له. ويليها كراء المساكن ويليها كراء الحيوان والثياب كثرة القائلين من العلماء إنها له.

وسئل أيضاً عمن غصبه السلطان داراً أو أرضاً فأعطاها رجلاً يحرث ويسكن فأراد المعطي أن يتحلل من صاحبها بأن يعطيه مالاً أو غير مال هل يسوغ ذلك له أم لا؟.

فأجاب بأنه لا يحل له فعله ولا يجوز فإن فعل واستحل نفس صاحبه بمال أو غيره طيب نفسه بذلك مضى التحليل في الدنيا والآخرة ويجب عليه التوبة في ما مضى وعدم الإقدام في ما يأتي لأنه عاص في إقدامه على الحرث والسكنى بمنزلة الغصب.

وسئل عمن شُهد عليه أنه استغل ضيعة زماناً عدواناً وشهد الشهود أن قيمة ذلك على التقريب كذا وكذا ديناراً دون معاينة بيع الغلة وحدها، هل شهادتهم على التقريب أم لا؟ وأثبت المطلوب أنه كان يعمر هذه الضيعة ويقوم عليها ويؤدي عليها الخراج وأراد قطعه مما ثبت عليه من الغلة فهل له ذلك أم لا؟.

فأجاب: إن شهادة الشهود على التقريب والتخمين لا تجوز بل يستنزل حتى يشهدوا على القطع بقدر ما شهدوا به ويحكم به، فإن ادعوا عليه زائداً عما شهد عليه حلفوه على ذلك ويحاسب بما دفع من العمارة والقيام بالضيعة والخراج إن كان حقاً واجباً وإلا فلا.

قلت: قوله يستنزلون يحتمل أن يتخرج على قول مطرف إذا شك الشهود في العدل يستنزلون وحكاه اللخمي في [176 أ] كتاب الأيمان بالطلاق في ظني. ويحتمل أن يجري على المشهور لأنه غاية المقدور في هذه والظالم أحق بالحمل عليه. ويأتي على ما ذكر في مسألة الموصي إذا ادعى أنه لم يقبل من رباع المحجور شيئاً أنه تتحرى تلك السنون ويلزمه أن يتحرى هنا أيضاً ويلزم بها مع أنه يتعدى فيهما إلا أن يكون معناه التحري كما قال هنا فيتفق الأمر فيهما.

وسئل عن رجل من المرابطين قدم لمغارم بعض الرعية حتى تحصلت عليه تباعات ثم إن الله تعالى منّ عليه بالتوبة فتاب وصلحت حاله وخرج عن جميع ما بيده على الوجه الشرعي، وسأل أهل العلم في ذلك ثم اكتسب مالاً حلالاً من وجهه فهل يسوغ له إبقاؤه بيده لضروراته وخيفة الحاجة أم لا؟ وقد أفتاه بذلك بعض أهل العلم ثم إنه متمادٍ على رد ما بقي عليه من ذلك المال شيئاً فشيئاً إلى أن يأتي على آخر ذلك المال أم لا؟ وهل يؤدي زكاة الفطر أم لا؟ وكيف إن كان ما بيده كَفَاف ما عليه هل يخرج الكفارة أو لا يخرجها إلا ما فضل عن الكفاف؟ فإن قدمتم التباعات فهل ينتقل إلى الصوم في الكفارات أم لا؟ وكيف إن لم يَقْوَ على الصوم ما يفعل؟ وما ترى في ما يعطي بعض الإخوان من المرابطين لهذا التائب من عين وكسوة وحيوان وغير ذلك إعانة له هل يأخذه أم لا؟ وإذا أخذه هل يدفعه في المظالم التي عليه أم لا؟ وما يقول في من أحاط الدين بماله وعليه تباعات عل يسوغ له أخذ الزكاة أو ما يعطى من بيت المال أم لا؟ وهل لمالك وأصحابه في هذه المسألة نص ومن نقل ذلك عنه؟ إن خف عليك ذلك.

فأجاب: إذا تاب الرجل الذي عليه المظالم وخرج عن جميع ما بيده لأهل الظلامات إن عينهم وتصدق ببقية ماله عمن حمله منهم ولم يُبْق بيده شيئاً فقد فعل غاية ما يجب عليه من الإخراج فما اكتسب بعد ذلك من مال حلال فيطيب له وينفق منه على نفسه وعياله ويؤدي منه كفارات أيمانه وزكاة فطره ولا يجب عليه إخراج بقيته في مظالمه إن لم يَبْقَ منها شيء معين، كما يجب عليه إخراج الأول الذي اكتسبه من المظالم بل يستحب خاصة، هذا الآتي على منهاج مذهب مالك. ويؤخذ من قوله عليه الصلاة والسلام في اللقطة: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها». وأما ما يعطيه المرابطون من سائر المتموّلات فسائغ له أخذه إن كانوا اكتسبوه من وجه حلال ولم يكونوا مستغرقي الذمة بالغصوب. فإن كانوا كذلك فلا ينبغي له قبول ذلك وأخذه من باب الورع، إذ قد اختلف العلماء في ذلك المال ومصرفه فهو من المتشابه الذي إذا توقاه فقد استبرأ لدينه وعرضه كما وقع في الحديث المشهور. وأخذ الدنانير والدراهم أكره في أخذها من العروض الصائرة إليه بوجه جائز كالشراء والميراث ولو صارت إليه بغير وجه جائز حرم

عليه أخذها مطلقاً، فإن أخذها فهو بمنزلته. بخلاف العين المغتصبة بنفسها إذ قد قيل إنها تضمن بالغيبة عليها، وما أخذ منهم على الوجه الجائز والمكروه فله التصرف فيه في ما عليه من التباعات. ومن أحاط الدين بماله فله أخذ الزكاة لأنه من الغارمين. وأما بيت المال فله أخذ ما أعطاه الإمام على وجه الاجتهاد ولو كان له مال ولا دين عليه.

فلما وقف السائل على الجواب أعاد عليه السؤال عن معرفة أخذه من اللقطة فهو خفي عليه.

فأجاب: بأن موضع الدليل من الحديث أنه عليه الصلاة والسلام أباح اللقطة بعد تعريفها سنة لملتقطها أن يستنفقها ولم يأمره بالتصدق بها على ما حمل عليه العلماء قوله: «فشأنك بها» للتصريح بها في غير هذا الحديث، ومن العلماء من كره له أخذها مطلقاً، ومنهم من كرهها له إن كانت عيناً خاصة، ومنهم من كرهها له إن كان فقيراً خاصة مخافة مجيء ربها فلا يجد عنده شيئاً فحصل [176 ب] منه الإجماع على عدم حرمتها وعلى عدم وجوب التصدق بها إذا أمن من مجيء صاحبها، فإذا أباحه في اللقطة مع تجويز مجيء صاحبها فأحرى جوازه في هذا المال الذي أخذه من وجه جائز وعليه تباعات لمن لا يعرفهم ولا حق لهم في عين هذا المال لو جاؤوا وإنما هو في ذمته.

وإلى هذا المعنى أشار مالك في سماع أشهب من كتاب الجهاد في من انصرف إلى أهله من الجهاد فوجد في كتب اشتراها من المغنم صليباً من ذهب وزنه سبعون مثقالاً لا بأس عليه فيه إذا رجع إلى بلده وتفرق الجيش لبلادهم ولا يعرفونهم، وإلى هذا أشرت في جوابي أنه منهاج قول مالك. لأن الذي تعين له حق في هذا الصليب جماعات لا يعرفهم كصاحب التباعات الذي لا يعرف أصحابها فاستويا، بل الجواز في صاحب التباعات أحرى لأنهم لو جاؤوا لم يستحقوا عين ما بيده بل ما في ذمته، بخلاف مسألة الصليب واللقطة إذ حق أصحابهما في عينهما لو حضروا فيطيب هذا المال المكتسب بوجه جائز لصاحبه، كاللقطة ومسألة الصليب، ولا يتصدق به إلا استحباباً.

فهذا بيان ما سألت عنه مشروحاً لتسكن نفسك إلى ما أجبتك به، وبالله التوفيق.

قلت: اعتراض ابن الحاج وغيره لهذا الأخذ وهو ظاهر فيه وتقدم أيضاً أنه مخالف في تطييب المال له الذي اكتسبه بل لا يزال يؤدي أو لا تتقرر له توبة مع الكثرة التي لا يتأتى معها توبة ذمته بالأداء. وأما قوله يخرج منه زكاة فطره فهو جار على ما أُصّل من عدم وجوب الإخراج عليه، وتقدم خلافه وهو مبني على ما سبق أيضاً.

وسئل اللخمي عمن يطحن بدابة حرام أو فيها شبهة حرام هل يلزم رب القمح أجرة الدابة غير أجرة الآلة؟.

فأجاب: للمستحق قدر ما ينوب الدابة من الأجرة وهي مغصوبة عليها وعلى الآلة والسائق.

قلت: يحتمل أن يكون تعدى على منافع الدابة أو على أحد قولي مالك فيها إن منافع الدابة إذا أكراها الغاصب لربها، بخلاف إذا استعملها. وعلى القول الآخر لا شيء عليه لأن الخراج بالضمان لكنه لا يطيب للغاصب حتى يتحلل منه، وهذا مع عدم علم المكتري، ومع علمه كأنه غاصب المنافع فترجع المسألة للوجه الأول.

ابن الحاج: إذا أثبت رجل ملك ربع بسماع فاش وأنه كان غصبه منه ابن عباد وباعه صاحب مواريثهم وتداولته الأملاك وجب للقائم بعد الإعذار إلى من هو بيده وله الغلة لأنه عنده بشبهة البيع وقيمة البناء قائماً لعدم علمه بالغصب وما استظهر به وكيل المطلوب من عقد الاسترعاء بالسماع أنه كان ملكاً للأمراء غير عامل لعدم[1] تعين من يصح له وعدم ذكر السبب الذي أخرجه عن أيديهم إلى أن وصل لهذا وليس طول الحيازة في مثل هذا مما يوجب الملك بسبب ما أورده القائم من الأعذار المانعة له، أفتى به جماعة.

---

(1) ثلاث جمل سقطت من ب.

قلت: يريد على شرط السماع الفاشي من تقادم الزمان وغيره.

وسئل ابن أبي زيد أو غيره عمن له أرض ببلد فرمى العامل عليهم مالاً وعادتهم إنما يغرمهم السلطان على المواشي والعبيد خاصة ولا ماشية له ولا عبيد فجعلوا عليه بعض الغرم وأخذوا دراهم من بعض خدمة السلطان على زيتون عليه ودفعوها عنه في هذا المغرم فلما أتى أخبروه بما وقع فدفع لهم الزيتون على التقية والخوف، هل يلزمه ما فعلوه أم لا؟.

فأجاب: إن كان الأمر كما ذكر وغرم الزيتون على الخوف والإكراه من السلطان فله الرجوع بزيتونه على من قبضه ولا يغرم شيئاً مما أخذوا عليه.

وسئل عمن تسلف مالاً دفعه في فداء غنم أخذها السلطان في مغرم عليه فأخذ المال ولم يرد الغنم هل يلزم السلف أم لا؟.

فأجاب: السلف لازم له وإنما لم يلزمه لو تسلفه عندما طلبه السلطان بغرم مال فتسلفه في حال طلبه إياه على أنه مختلف فيه.

قلت: يريد أنه [177 أ] من معاملة المكره وفيها خلاف مشهور تقدم منه في البيوع الخلاف، ومذهب السيوري واللخمي في هذا كله الإمضاء بل فيه الأجر خلاف المشهور من مذاهب المتقدمين.

وسئل المازري عمن ادّعى على رجل أنه ضمن عنه عشرين ديناراً فداء جلود أخذها العربي فإنه ترك الجلود عند الضامن رهناً في العشرين ديناراً وأنه أمره أن يدفعها لرجل في المهدية ويأتي يأخذ جلده، ثم إنه أتى بعد ذلك لامرأة الضامن وتحيّل حتى أخذها منها ولم يعط لفلان شيئاً فسئل المطلوب فقال: الجلود متاعي اشتراها هذا الذي ادعى الضمان من العربي واشتريت أنا منه بالدنانير المذكورة فقال: لا أدفع إليك الجلود حتى تدفع هذه الدنانير لفلان في المهدية يجدها هناك. قال: فمشيت وتحيّلت على فلان حتى دفع إلي أمارة فجئت وأخذت بها جلودي ولم أدفع إليه شيئاً. فما الحكم في ذلك ومن يقبل قوله منهما؟.

فأجاب: إذا أقر من بيده الجلود أنها لهذا الذي غصب فيها وادعى الفكاك والرهن والضمان وأنكر المطلوب ذلك وادعى أن الذي هي بيده اشتراها ممن يليق به الشراء من العربي مع علمه بكونها حراماً، فالقول قول صاحبها في عدم الضمان والرهن.

قلت: إنما قبل قول ربها لأن الذي كانت بيده أقر له بها ثم ادعى ما يوجب شيئاً في ذمته بسببها فلا يقبل قوله عند ابن القاسم لأنه يبعض عليه الدعوى فأشبه ما لو ادعى عليه الرهينة وادعى مالكها الوديعة فالقول قوله، وهو على أصل أشهب محتمل لأنه يقول: إن الإنسان لا يؤخذ بغير ما أقرّ به، وإن كان اختلف في هذا الأصل عنهما. وأما قوله إن كان ممن يليق به الشراء من العربي فهو مثل قوله في المدونة: إذا قال له: سرقتني أو غصبتني، وقال الآخر: بل أودعتني وكان يليق به دعوى الغصب والسرقة إن القول قول ربها ويبقي الأمر مع الاحتمال والجهل مترجح.

وسئل ابن زيتون: عمن لها ديون قبل شقيقها فسلم لها دار سكناه عوضاً عنها ثم تصدقت بعد ذلك على حفيدي شقيقها بهذه الدار مع دار سكناها وحوزت شقيقها ذلك عنهما لكونهما محجورين له بتقديم بعض القضاة له، ثم توفيت فورثها شقيقها المذكور فكرر الإشهاد بالصدقة المذكورة لحفيديه ثم توفي الأخ فورثته ابنته وحفيداه المذكوران فنازعتهما البنت واستعانت ببعض أولي الأمر ممن يخاف منه فهدد الحفدة وشدد عليهم حتى سلموا الصدقة وغيرها للميراث بعد أن ادعوا أنهم إنما سلموا خوفاً على أنفسهم ممن سلطته الابنة. ثم توفي من استندت إليه الابنة وأرادوا الآن القيام في ما أسلموه، فهل لهم متكلم في ذلك أم لا؟.

فأجاب: ما ثبت فيه إكراههم بوعيد ضرب أو حبس أو قيد أو قطع عضو فالتسليم باطل.

وأجاب الزواوي: إذا ثبت ما قيد أعلاه فلهم الرجوع.

قلت: تقدمت أحكام الإيداعات والإكراه فلا معنى لإعادتها.

وسئل ابن أبي زيد: عن السلطان يرمي مالاً ظلماً فيأخذ الرجل سلماً ويشهد على نفسه أنه لفلان بغير حضرته لكن أقر لهم، هل يشهدون عليه بذلك أم لا؟

فأجاب: إن علم الشهود أنه إنما أخذ السلم لما ألزمهم السلطان من الغرم وهو مضغوط بأعوان عليه أو بغير أعوان أو أخبرهم بذلك ثقة أو ثقتان فلا يشهدوا بهذا الدين ولا يجب لمن أعطى شيئاً لا سلماً ولا غيره إلا أن يتطوع برد المال أو بشيء منه، ولو علم بضغطه وأنه لا يجب عليه شيء فتطوع له برأس المال أو ببعضه فليس له رجوع عن ذلك بعد علمه بعدم لزومه ولم يكن ذلك تقية من السلطان بل تطوع له بغير تقية فيلزمه، ولو لم يعلم بضغطه ولا شهد له بذلك أحد ولم يكن أخذ السلطان من الناس الذين هو [177 ب] منهم وليس إلا وعود المسلم إليه فيلزمه الحق ويشهد على إقراره وأكثر ما عليه الحلف إنه لم يكن مغصوباً من السلطان.

قلت: هذا واضح على مذهب المتقدمين من أيمتنا وعلى مذهب المتأخرين منهم كالسيوري واللخمي وفتوى بعض من أدركناه فإنه يشهد الشهود عليه ويجب أداء السلم وهو مأجور في ذلك حتى قال اللخمي: ولو كان المضغوط محجوراً فإنه يمضي عليه لأن حياة الأنفس وحفظها آكد من حفظ المال وهذا هو الظاهر لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ﴾[1] الآية. وقول ابن مسعود: ما من كلمة ترد عني سوطاً إلا قلتها. وإن صبر واحتسب فهو أعظم لأجره لقوله عليه الصلاة والسلام: «كن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل» وفي معناه كل ما يعرض له أن ينتقم أو يسلم الأمر لله ويكون مظلوماً، وكونه مظلوماً أولى فإنه يخسر في الدنيا ويربح في الآخرة:

هـذي المصـائـب فـي الـدنيـا وإن عظمـت
سينقضـي أمـرهـا كـأنـه لـم يكـن[2]

---

(1) سورة النحل، الآية: 106.

(2) كذا ورد العجز بالأصلين.

إن المصـــائـــب فـــي الأخـــرى وإن صغـــرت

فـــربمـــا . . .[1] عظمـــت مـــن حيـــث لـــم تبـــن

في أبيات أنشدها شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ تصغيراً لمصائب الدنيا وتعظيماً لمصائب الآخرة.

وسئل: أيضاً عمن هرب من السلطان خوفاً منه فطلب ماله ظلماً فدله رجل على مطمر لا علم له بها، هل يلزم الدال غرم أم لا؟.

فأجاب: يضمن الدال على الطعام.

قلت: ذكر هذه المسألة ابن يونس في فروع آخر الغصب فقال: ولأبي محمد: من أخبر لصوصاً بمطمر رجل أو أخبر به لغاصب وقد بحث عن مطمره أو ماله فدل عليه رجل ولولا دلالته ما عرفوه فضمنه بعض متأخري أصحابنا ولم يضمنه بعضهم. أبو محمد: وأنا أقول بتضمينه لأنه من وجه التعدي والتغرير.

قال: ومن وجه التغرير أيضاً في رجل صانع رجلاً فأرقّ له نفسه على أن يقر له بملك فيبيعه ويقاسمه الثمن ففعل وقد ملك متولي البيع فالمقر بالملك ضامن لأنه أتلف مال المشتري.

قلت: هذا غرر بالقول والعقد على نفسه وهو أقوى من الغرر بالقول خاصة على ظاهر المدونة في النكاح والزواج وإن كان في الكل خلاف مشهور وطرق. قال: ومثله لابن المواز في الحر يُسْبى من العدو فيباع في المقاسم وهو ساكت فيشتريه رجل فمثل الأب له ونحن يظن مثل هذا يريد فلا شيء عليه[2]، وإن لم يكن مثل هذا فهو ضامن للثمن لسكوته حتى أتلف مال المشتري.

وقالوا في من تعدى على رجل فقدمه إلى السلطان والمتعدي يعلم أنه إذا قدمه إليه تجاوز في ظلمه وإغرامه ما لا يجب عليه فاختلف في تضمينه، فعن الكثير منهم عليه الأدب والثمن. وكان بعض شيوخنا يفتي في هذا: إن كان

---

(1) بياض بمقدار كلمة بالأصلين.

(2) كذا وردت الجملة مضطربة بالأصلين.

الشاكي إلى هذا الظالم أو إلى العامل وهو ظالم في شكواه فيضمن ما أغرمه الوالي بغير حق. ولو كان الشاكي مظلوماً ولا يقدر أن ينتصف ممن ظلمه إلا بسلطان فشكاه فأغرمه السلطان وعدا عليه ظلماً فلا شيء على الشاكي لأن الناس إنما يلجؤون من الظلامات إلى السلطان ويلزم السلطان ممن قدر عليه ردّ ما أغرم الشاكي ظلماً. وكذلك ما أغرمت الرسل إلى المشتكي وهو مثل ما أغرمه السلطان أو الوالي يفرق فيه بين ظلم الشاكي وعدم ظلمه. وكان بعض أصحابنا يفتي أن ينظر إلى القدر الذي لو استأجَرَ الشاكي رجلاً في المسير لإحضار المشتكي فذلك على الشاكي على كل حال وما زاد على ذلك مما غرمته الرسل فيفرق فيه بين الظالم والمظلوم حسب ما قدمناه.

قلت: كان شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ كثيراً ما يهرع للحكام مثل حكام الفحص والمدينة [178 أ] يقول: إنه قد كثر أهل الفساد والفسق وسطوة العمال أجْدى لهم في الرد عن الفساد قد يخافون منكم أكثر مما يخافون من القضاة لا سيما أنه قد كثر في هذا الوقت امتناع وصول الضعيف إلى القضاة بغلظ حجابهم بكثرة الأعوان، وجلهم ـ أعني الأعوان ـ ممن لا يتقي الله تعالى ويقبل الرشا في تعمية الحق وعدم القدرة على الوصول إليه بهم. وكذا كنت أنا أفتي في الرعاة ومن يُكثر مدّ يده إلى أخذ أموال الناس بالباطل من ثمرة أو حطب أو إفساد أنه يسعى به إلى الحكام وتكون غرامته من المظالم التي صارت عليه من هذا المعنى مع جهل أربابها على القول إنه كالفيء يصرف في مصالح المسلمين وهذا منها لحفظ أموالهم بشدة سطوة الحكام.

وسئل ابن محرز عمن ذكر أن رجلاً ضربه وجنى عليه فمضى إلى السلطان ومعه ولده فشكوا بالرجل واستضروا عليه واستنصروا بالسلطان؛ واستعانوا عليه به فوجّه في طلبه الأعوان فأتوا به ومعه عمر فجرى بينه وبين الرجل المتعدي كلام كثير فأمر السلطان بسجن الرجل بسبب اعتدائهما عليه فخرج المتعدي فوجد وهو راجع إلى السلطان وقال: معي بينة تشهد عند السلطان على المسجون وهو يزعم أنه من أهل الشهادة، فما يلزمه في اعتدائهما وأخذهما بالسلطان؟.

فأجاب: يلزمهما الأدب الشديد في اعتدائهما مع غرم ما لحق المتعدى عليه بسبب العدوان وهي جرحة على الشاهد إن شهد بعد هذا.

قلت: هي تجري على ما تقدم من الخلاف. وقد شاهدت فتوى شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ إذا كانت الحيوان ترعى.في كروم الناس أنه إذا غارت عليهم الأعراب ويكون الإنسان قادراً على استنقاذها منهم فإنه لا يفعل ويتركها يمشي بها أهل الغارة تقليلاً للمفسدة وردعاً لأمثالهم من أهل الفساد، والله الموفق للصواب.

قال: وعن أبي محمد في الرجل يأتي إلى السلطان فيخبرُهُ بأسماء قوم ومواضعهم وهو يعلم أن الذي طلبهم به السلطان ظلم فينالهم بسبب تعريفه بهم غرم أو عقوبة فأراه ضامناً لما غرمهم مع العقوبة الموجعة. ابن يونس وابن القاسم يقولان لا جزاء على الدال، فعلى هذا الاختلاف تجري مسألة الدال.

قلت: وأصلها في المدونة في الحج الثالث.

وسئل المازري عن أرض مغصوبة في قرية هل لأهلها أن يرعوا فيها مواشيهم ويسقُوها من غدرها ويغسلوا ثيابهم فيها ويأكلوا من بَقلها وثمرة شعرائها ويقطعوا من حطبها وشوكها للتزريب والوقيد ويرموا فيها بيادرهم من الزرع والزيتون ويتوضؤوا من مائها ماء المطر والعيون، أو يفرق الأمر فيها ويردوا ماءها سواقي إلى أرضهم إذا جاء المطر؟ وهل للفقير المحتاج أن يأخذ من ثمرتها سرقة إذا أمن من السلطان؟ وهل تلزمه قيمة لبثه قدر ما صلى فيه عند خوف فوت الوقت؟ وهل تجوز شهادة الغني عند إطلاق يده في ثمرتها وقطع خشبها وشجرها والصلاة خلفه؟ أو زرع فيها أو اشترى ثمرتها؟ وهل يؤكل طعامه[1]؟ وهل للفقير العمل فيها بيده ويأخذ أجره من دراهم وغيرها أم لا؟.

فأجاب: لا يجوز لغني ولا فقير أكل شيء من ثمارها ولا الانتفاع بحطبها ولا الوضوء والشراب من مائها، ومَنْ أكل وتمادى مع علمه الحرمة فهو ساقط

(1) جملتان سقطتا من أ.

الشهادة والإمامة والأكل من ماله إن كان جلّه منها لا ينبغي، ومن صلى فيها وهو مختار وحضرته الصلاة وخاف الفوت فهي مجزية عنه. وأما الرعي فإن كان أهلها محتاجين إلى المرعى فيها فلا يحل لأحد رعيها وإن كانوا مستغنين عنها ففيه اختلاف، وكذا ما كان من هذا السبيل.

قلت: تقدم في مسائل الضرر من هذا المعنى إذا أجبرهم السلطان على سكنى ملك غيرهم وكيف صفة تصرفهم فيه فأغنى عن إعادته. وتقدم أيضاً حكم الصلاة فيها.

وسئل ابن أبي زيد [178 ب] عمن اغتصب أرضاً وزرعها وحصدها وبقيت فضلة التبن، هل يجوز رعيه بمنزلة الكلأ؟.

فأجاب: إن كان شيئاً لا يرجع إليه فلا بأس برعيه والفقير به أسعد، وأحب إليّ من الفيء.

قلت: مثل قول سحنون في السنبل الباقي بعد الحصاد إن كان على أن لا يرجع إليه صاحبه فلا بأس بالتقاطه.

وسئل عن أرض مشاعة بقرية موقوفة ورثها أهلها عن أجدادهم أرادوا بيعها لغيرهم ويجعلون ثمنها في بناء مسجد وما يصلح عليهم وفيهم أطفال أو غيّب ومن اقتطع من هذه الأرض وغرس من غيرهم وأكل من ثمرتها هل حكمه حكم الغاصب أم لا؟.

فأجاب: بيعهم الأرض لا يجوز في حق الأطفال إلا أن يبيع عليهم أب أو وصي، وأما من غرس فهو غاصب ويعطون قيمة الشجر مقلوعاً أو يؤمرون بقلعه وإن طلبوا بقاء الغرس في الأرض فذلك عليهم والثمرة للغاصبين.

قلت: الصواب إن اعتقدوا جواز ذلك أن يكون لهم قيمة البناء والغرس قائماً لأنهم بنوا بشبهة البيع لا سيما أن في أصل المسألة خلافاً وهو إذا بنى أحد الشركاء أو غرس في الربع المبتاع هل هو شبهة أم لا؟ انظرها في شرح العتبية من الغصب والاستحقاق.

وسئل عمن وكلت زوجها على ميراثها من زوج كان قبله فسعى أولياء الأول بهذا الثاني فسجنه السلطان ثم أمره بالصلح فصالح على عشر الميراث أو نحوه وأعلم الوكيل الشهود أنه أكره عليه وعامة أهل البلد سمعوا أو أخبروا بذلك عن السلطان فهل يتم هذا الصلح؟.

فأجاب: إن ثبت أن الصلح من الزوجة والزوج خوفاً من السلطان وهو قاهر فلا يلزمها الصلح ولها القيام بحقها.

وسئل عمن له ربع زيتون وتين وكرم في نواحي منزلة فَعَدَتْ بقر جاره أو غنمه نهاراً فأكلت الزرع وحطبت الشجر فحلف بالطلاق والصدقة لا تركت حقي إلا أن لا يوجب لي الشرع شيئاً.

فأجاب: إن انفلتت نهاراً فلا شيء على أرباب الماشية لأن على أصحاب الزرع والشجر حفظها بالنهار.

قلت: تقدم لأبي عمران في التعاليق أن في السواحل لا يجوز عدم حفظها لا ليلاً ولا نهاراً وأنه متى غلب منها شيء على الزرع أو الشجر وجب غرمه، وعلى الراعي زَرْبُ الغنم وتقدمت أحكامه. فعلى هذا لا يبرأ إلا بدفع قيمة جميع ما أفسدت، وبالله التوفيق.

وسئل عمن لها ولد تزوج امرأة ساق إليها في نقدها عقاراً عنده وبعض دار سكناه وجعل لها مهراً يستغرق جميع ما بيده، ثم إنه طرد هذه الزوجة ونبذها فخرجت إلى أمها من غير ظلم ظلمته ولا مضرّة ضرته وأقبل الزوج على شرب الخمر في هذه الدار وعشرة الأحداث وغير ذلك من المجون وأمه ساكنة معه في هذه الدار ودارته هي وأخواته وله أخ آخر وبنو إخوة لأمه مستورون عند الجيران وقبول شهادتهم عندهم، فهل يزجرونها عن مخالطتها لهذا الولد في طعامه وشرابه وسكناها معه؟ فإن أبت هجروها أو يزورونها وإن لم تنته عن هذا؟ ولها ابن أخ آخر لا بأس بحاله أقرب من ولد أخيها الآخر مشارك للولد في زرعه والتكسب لماله ولا بأس بنظره في كسب المال، والمرأة تخرج على من يأكل من ماله أو يزوره في تلك الدار لاستغراق دينها لماله، فهل لهم زيارتها أم لا؟

وهل يأكلون طعامها أم لا؟ وهل لابن أخيها شركة ابنها وهو على ما وصف أم لا؟.

فأجاب: زيارة بني الإخوة للأم إذا سلموا من الوقوع في مناكيرها تجوز على. . .[1] إذا لم يأكلوا طعامه ولم يخالطوه وأهل الشر من أصحابه، وإن لم يقدروا على زيارتها إلا بمخالطتهم فيدعوها. وأكل طعام الرجل [179 أ] وقبول معروفه ومهر الزوجة يستغرقه فكرهه. وأما وعظ عمتهم فإن رجوا قبوله فعلوا. والذي عليها أن لا تعينه على باطل وتزجره إن قدرت وتهجره إن وجب كفه وتدع طعامه إن كانت ملية ويكره لها أكله مع فقرها. وإن لم يرجوا قبول الموعظة فلا شيء عليهم. وابن أخيها المتحري في دينه لا بأس بشركته الولد المخلط إذا كان ماله حلالاً ولا غلب عليه ولا تؤذيه مخالطته وإن خاف شيئاً من ذلك تجنبه.

وسئل عمن كان مع غيره في حرابة فأخذوا شيئاً بحضرته ولم يأكل ولم ينتفع بشيء منه وهو يعرف ما عليه وأصحاب ذلك الشيء المغصوب، فهل عليه شيء منه أم لا؟ وكيف إن لم يكن بالغاً؟.

فأجاب: إن حضر مع لصوص في سرقة أو سلب وهو بالغ فهم عند مالك كالحملاء ويؤدي جميع ما حضر عليه مما أخذه هو وأصحابه فإن غابوا أو أعدموا أن لا يحلله الطالبون أو يصالحون بما تطيب به أنفسهم، هذا قول مالك وأصحابه. وذهب بعض أصحابه أن لا يلزمه إلا ما أخذ إن أخذ شيئاً، وغير البالغ لا يلزمه في القولين إلا ما أخذ.

قلت: حكى ابن يونس عن ابن حبيب عن ابن الماجشون في قوم غاروا على منزل رجل والناس ينظرون إليهم فانتهبوه وذهبوا بما فيه من مال وحلي وغير ذلك والشهود لا يشهدون على معاينة الغاصب، لكنهم غاروا وانتهبوا فلا يقبل قول المنتهب منه في ما ضاع إلا ببينة، ورواه أصبغ عن ابن القاسم، واحتج بمسألة الصرة القول في عدتها قول المنتهب مع يمينه. وعن مطرف:

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصلين، والإصلاح مقترح.

القول قول المنتهب منه في ما يُنتهب من ملكه ولم يأت بما يستنكر ويصدق، قاله ابن كنانة وبه أقول للحمل على الظالم.

وعن مطرف: إذا أخذ واحد من المغيرين ردوا جميع ما أخذوا مما يثبت معرفته أو حلف عليه المغار عليه مما يشبه لأن بعضهم غرماء لبعض كالسراق المحاربين إذا أشهروا السلاح على وجه المكابرة كان على أصل ثائرة بينهم أو على وجه الفساد، وكذا والي البلد يغير على أهل ولايته وينهب أموالهم ظلماً مثل ذلك في المغيرين.

قلت: هذا واضح في الوالي أما التابعون له فقد تقدم أنه إذا كان الأمر يتم بغيره فليس عليه إلا ما أخذ خاصة.

وروى عيسى عن ابن القاسم في من أقرّ أنه غصب عبد رجل هو ورجلان معه سمّاهما وصدّقه رب العبد فهو يضمن قيمة جميع العبد ولا يلتفت إلى من غصب معه إلا أن تقوم بينة أو يقرّوا فيؤخذ جميعهم ويؤخذ الملي بما على المعدم.

قلت: يريد بهذا أنهم عونٌ بعضهم لبعض فلذلك أجراهم مجرى المحاربين.

وسئل القابسي عن رجل معيشته من جنة قرب شاطىء البحر أحدثها قوم رغبوا في الحلال ولم يكن للسلطان عليهم خراج وتشرب من فاضل مياه الناس السائرة إلى البحر هل يأكل منها أم من الورع عدم أكله منها؟ حين كانت قطيعة بغير إذن الإمام وربما كان لأبيه ملك ورثه من جده ويعلم أن ملكهما كان صحيحاً لا يعلم في هذا الجنان أكثر من هذا العلم فهل يتعيش من هذا الجنان؟ وأي الوجهين أبلغ في الورع؟.

فأجاب: الأول مساءلة أهل بلده طيب، وهذا الجنان طيبٌ بالميراث وليس مما يقال فيه أيهما أطيب هذا أطيب بالأملاك، والله أعلم بالمالكين الورعين كيف صار لهم، وهل سلمت ذمتهم، وهذا ليس على الناس أن ينقضوه لكن ثبت الفرق بين ما جرت عليه الأملاك وبين ما لم تجر وليحذر صاحب هذا

السؤال [179 ب] من الوسواس وما لا قوام له به فليستعن بالله ويأكل مما رزقه ويشكر نعمه وعليه ولا . . .[1] في رزقه ويصحبه بالسداد.

وسئل التونسي عمن أسلم له في زيت فلما حل الأجل قال رجل للمسلم إن جد المسلم إليه كان جزاراً ولم يثبت إلا من قوله، وهذا الربع ورثه المسلم إليه من أمه وأخذته أمه من هذا الجد فأشكل عليه الأمر أن يكون الجد استغرقت ذمته لا يطيب بالميراث لمن وصل إلى هذا فالتزم قيمته احتياطاً للمساكين ثم ثبت فساد المسلم فأخذ رأس ماله، فهل يلزمه ما التزم أم لا إن ثبت أن جد هذا كان جزاراً؟.

فأجاب: إذا دفع إليه رأس ماله لم يلزمه إخراج شيء إلا أن يثبت استغراق ذمة المسلم إليه من هذا الربع، وثبت أن جده مستغرق الذمة ووهب عين دراهمه فيكون ما يأخذ في رأس ماله ليس له يباع لاستغراق ذمته كالزيت إلا أن يكون قصده في كراهية عين الزيت خاصة.

وسئل عز الدين في من يقصد اجتناب أكل الشبهات هل يترجح في حقه ما يأتي به الإفرنج أو ما يأتي به المسلمون؟ وعلى الأول فهل يستوي حكم جامدهم ومائعهم أم لا؟ وإذا غلب الظن نجاسة مائعهم فغسله بالماء مرات هل يعيد أم لا؟.

فأجاب: إنه لا يخلو الرومي إما أن يكون ممن يغلب على ماله الحرام كقاطعي الطرق على المسلمين أو نهوبهم في الحروب المستولين على أموالهم فحكمه في الورع عن أكل ماله حكم من يغلب على ماله الحرام من المسلمين ولهم أحوال:

إحداها: أن يعلم الذي بيده من الحلال أو الحرام فهذا لا إشكال فيه.

الثانية: أن يعلم أن الذي بيده من جنس ما يكسبه من المحرم فهذا مكروه أخذه والورع فيه مستبين متأكد.

---

(1) بياض بمقدار كلمة بالأصلين.

الثالثة: أن يكون ما بيده ليس من جنس ما يكتسب بالسبب المحرم فهذا لا بأس بالإقدام عليه، فإن شك هل اشتري ذلك بالمال المحرم أو لا؟ فالورع في هذا خفيف ولا يقضى بتحريمه لأن الأسباب المحللة إذا غلبت حل الإقدام. وإن غلبت نُدْرَتها حرم الإقدام، وهذا المال دائر بين أن يكون اشتراه بغير المحرم وذلك نادر وبين أن يكون اشتراه في الذمة ثم نقد الثمن فيه وهذا أغلب المعاينين بل لو أوقفه على العين لكان من الجائز أن يكون ذلك الشراء بثمن حلال.

وهذه التفاصيل جارية في أموال الملوك الظلمة والولاة وقطاع الطريق والمغنيات والزواني وجميع من يغلب عليه الكسب الحرام. والعجب ممن يحرم مثل هذا مع كونه كاذباً على الله في تحريمه ولا ينظر أن الامتناع من الكذب على الله في التحريم والتحليل واجب. فإنه لا فرق بين محلل الحرام ومحرم الحلال، والفلاح كله منوط بالوقوف عند حدود الله تعالى: ﴿وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَٰلًا مُّبِينًا﴾[1] وما يظهر الفرق بين كونهم مخاطبين بالفروع أو غير مخاطبين في ما يأخذونه قهراً أو غصباً من أموال المسلمين. وأما ما يغصبه بعضهم من بعض من الأموال والأحرار فإنهم يملكون ذلك بالقهر فيكون الحلال الذي بأيديهم أو يبيع من الحلال الذي بأيدي المسلمين ولا فرق في ذلك بين المائع والجامد، إلا أن الورع في المائع آكَدُ منه في الجامد لأنه إذا تنجّس تعذّر تطهيره.

وأما غسل الأدهان النجسة كالزيت والسمن فلا أثر له سواء تنجس الماء الذي غسل به ولو طهر ذلك كما ذهب إليه بعض الناس لما أمر رسول الله ﷺ بإراقة السمن الذي وقعت فيه فأرة ولا أمر بغسله كما أمر بدبغ جلد الميتة ولو كانت ما نافية لكان الأمر بإراقته كالأمر بإحراق ثوب نجس ولما أمر رسول الله ﷺ بالإراقة مع إفساد المال [180 أ] المنهي عن إضاعته.

قلت: تقدم الخلاف عندنا في تطهير الأدهان أو الأطعمة النجسة في مسائل الطهارة.

(1) سورة الأحزاب، الآية: 36.

وأما تسويته بين الكافر والمسلم في المظالم والأموال التي اكتسبوها من حرام فهو مثل ما قال في آخر الأضحية منها: إذا باع الذمي خمراً بدينار كرهتُ لمسلم أن يستسلفه منه أو يبيعه به شيئاً أو يأخذه هبة أو يعطيه فيه دراهم ويأخذه أو يأكل من طعام ابتاعه الذمي بذلك الدينار. وجائز أخذه في قضاء دين، كما أباح الله أخذ الجزية منهم. ومنه أخذ التونسي وغيره معاملة مستغرقي الذمة وتكلم عليها هنا يدل أن الباب واحد في قراضها، ولا أحب مقارضة من يستحل الحرام أو من لا يعرف الحلال من الحرام من المسلمين فيحتمل أن يكون الأول في المسلم المتعمد والثاني في الجاهل، ويحتمل أن يكون الأول ذمياً والاستحباب على التحريم. وفي سماع ابن وهب جوازه في النصراني وحمله ابن رشد على أنه يتجر في البزّ ونحوه. وعن ابن المواز إن وقع فسخ وإن فات في باب الربا تصدق بالربح.

وفي شرائه الخمر ونحوه يتصدق بالجميع وقيل يضمن النصراني لأنه دخل على ما يجب في حق المسلم. ووقع في المدونة غير ما مسألة، كمسألة بيع الطعام قبل قبضه ومشاركته الذمي إلى غير ذلك. وأعرف للخمي أن معاملة الذمي أسهل من معاملة المسلم الجاهل والمتعمد للحرام لاختلاف الناس هل هم مخاطبون بالفروع أم لا؟ ولأنه لو أسلم لطابت له المال بخلاف المسلم إذا تاب. وإليه كان يذهب الدكالي الزاهد ـ رحمه الله ـ فإنه كان يرى معاملة الذمي وأنه أيسر من المسلم.

وسئل عز الدين أيضاً في الرجل يتحرّى الأكل من كسب يده هل إذا اشترى شيئاً في الذمة ونقد الثمن من كسبه هل يكون أكلاً من كسبه أم لا؟ واما الأوْلَى الاشتراء في الذمة ثم ينقد الثمن أو بمعين؟.

فقال في مسألة الكسب باليد: لا فرق بين ما اشترى بذلك وما يملكه أو بين ما يكسبه لأنه يعدّ في الكل أكلاً من كسب يده والشراء في الذمة على كل حال أولى من الشراء بالمعين لأنه يملكه المشتري في الذمة على كل تقدير، ولا يملكه بالشراء بالمعين إلا على بعض التقادير ولأنه على يقين في التصرف في ذلك لتحقيق الملك فيه، وليس كذلك المشتري بالمعين.

قلت: على أنه يقطع بملك شيء من الأشياء في المعينات. ومنهم من قال قد يقطع به كالاصطياد في البحر دواب البحر والاحتطاب من الشعب البعيدة عن العمران أو اصطياد بعض الدواب الوحشية، كما تقدم للسيوري أنه كان لا يأكل ولا يلبس إلا من الوحشي. ومنهم من طعن في هذا الاحتمال إن سبق على ما هب في البرّ أو البحر ملك ثم انفلتَ، وإن لحق بالوحش قبل اصطياده فقد قيل إنه للأول على كل حال، وكذا الاحتياط فقد يكون فيها إحياء سابق وإني رجعت إلى ما كانت عليه شَعْرَاء فقد قيل إنها للأول على كل حال. ومنهم من قال هذا نادر ومحال عادة فلا يقدح في علم هذا فقد يتحقق المعين.

وأما الأكل من كسب اليد ولا شك أنه راجع لما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام: «خير ما يأكل الإنسان من كسب يده وولده من كسبه» وهذا إذا كان كسب يده مجمعاً عليه في أخذ أجرته، ولو اختلف فيه لكان من المتشابه الذي ورد الخبر بتوقيه مثل أخذ الأجرة على الشهادة أو كتابة العلم والنحو وغير ذلك من المختلف فيه، وأخذ الأجرة على تعليم كتاب الله، وما في معناه من السنن والعلوم، وعلى الإمامة والأذان إلى غير ذلك. وقد نص ابن رشد على كل مختلف فيه بالإباحة [180 ب] وعدمها من المتشابه، ذكره في الجامع من شرحه.

وأما أخذ الإجارة على نسخ كتاب الله أو بيع المصاحف التي تكتب. فأجاب عز الدين: بأن الكسب من نسخ المصاحف فهو حلال لا ورع في تركه بل هو أفضل من غيره لما فيه من استذكار القراءة وليس له أن ينسخ إلا متطهراً.

وسئل: هل يشتري اللحم من السوق فيطبخه من غير غسل والعادة أن الجزار لا يتحرى من غسل يده من النجاسة، هل يؤكل اللحم إذا طبخ من غير غسله؟.

فأجاب: لا يحكم بنجاسته والورع أن لا يؤكل حتى يغسل.

قلت: إما أنه لا يطرح الطعام بالشك أو رآها ضرورة كزبل البهائم في الدرس.

وسئل عز الدين أيضاً عن الأطعمة المعمولة في الأسواق مع أن العادة يلقى اللحم في القدر من غير غسل، وكذلك الشواء ولحم النقانق مع أن العادة سلامة اللحم عند الذبح والمعافاة من النجاسة، فما حكم ما أكل ممَّا هذا وصْفُه؟.

فأجاب بأن قال: لا يحرم أكل النقانق والشواء والرأس بمجرد ما ذكر فإن عدم الذكاة لا يتحقق له، عن محمل الذكاة إلى سائر الجسد، ومحل الذكاة واجب الغسل ولم تجر العادة بأنه لا يغسل، وكذلك الغالب أن نجاسته لا تتعدى محل الذكاة إلى سائر الجسد لأن العروق تمجّه مجّاً قوياً فلا ينعكس على المذكى إلا نادراً، ولا بأس بالتورع عند غلبة الظن، وخروج الأمر عن الغالب في ذلك. وما زال المسلمون يتعاطون ذلك من غير نكير على الآكل والطابخ والذابح، ومن علم خلاف ما هو الغالب فليفعل بمقتضى حكم ما علم بذلك وقد بيّنته.

قلت: ما ذكره وهو قول مالك في لباس ما نسجوه مضى الصالحون على ذلك. وتقدم مثله ما يصيب الدواب عند الرأس وما يصيب الزيتون عند عصره من خدمته، من كلام سحنون وأسئلة القفصي إلى غير ذلك من المسائل.

وسئل أيضاً عمن يتحرّى الأكل من كسب يده فإذا عجز في وقت فاقترض من غيره شيئاً وأكل منه ثم قضاه من كسبه أيكون أكلاً من كسبه أم لا؟.

فأجاب: لا يكون بالإقراض أكلاً من كسبه ولا يكون السلف حراماً ولا شبهة.

قلت: فرق بين ما يشتريه ويقضي من كسبه، وما يقترضه ويقضي من كسبه وذلك ـ والله أعلم ـ لأن القبض فيه فضل للذي أقرضه فهو أقل منزلة من المشتري ودفع حقه من الكسب.

وسئل عمن في يده مال اقتحم في كسبه شبهات فإذا تسلف من رجل حلالاً فأكل منه ثم قضاه من ذلك المال هل ينفعه ذلك؟ وهل يلزم أن يعرف

المقرض عند الوفاء صفة هذا المال أم لا[1]؟.

فأجاب: بأن قال: يجب إذا قضى الدين أن يبين أن في ماله شبهة فإن لم يفعل كان خائناً لمن اقترض منه السلف ويكون متورعاً في أكله دون قضاء دينه وإبراء ذمته وإن رضي المقرض بذلك.

قلت: هذا جار على قول ابن عبدوس القائل: إن أعلمه بخبث ماله فلا رد له وإن لم يعلمه بذلك فله الرد. وعلى القول بإمضائه بياعاته بالقيمة فيجوز أن يعطيه القرض ولا يخبره.

وسئل أيضاً عن رجل يتحرى ترك الشبهات في مأكله ويقتصر على مأكول يظن طيبه فعدم ذلك في وقته فاقتصر على نوع واحد لا تدوم معه القوة فضعف عن إتيان الجمعة والقيام في الفرائض فهل هو مصيب في ذلك؟ [**181** أ].

فأجاب: بأن لا خير في ورع يؤدي إلى إسقاط فرائض الله تعالى.

وسئل عمن يجتنب الشبهات في مطعمه إذا حضره طعام مشبه وأمره أبواه أو أحدهما أن يأكل هل يجب عليه الأكل منه أم لا؟.

فأجاب: بأن الطعام إن خفت الشبهة فيه وكان تركه للأكل شاقاً على أبويه فليأكل، وإن عظمت الشبهة فليتجنب ذلك.

قلت: هذا شبه ما ذكره في الرواية عندنا إذا عزم عليه أبواه على أن يفطر من الصوم لرقتهما عليه وشفقة فليطعهما لأن هذه من المسائل المختلف فيها وكذلك في قوله في الجهاد إذا عزم عليه فقال عليه الصلاة والسلام: «ففيهما فجاهد» لأنه ترك مندوبٍ لطاعتهما ولو تعين عليه نفر للجهاد وعصاهما لأن برهما عارضه ما هو أقوى لحق الله تعالى.

وسئل أيضاً عن سوق أجبر ملاكها على بيعها وأخذ ثمنها وأجبر آخرون على السكنى بها وتدعو الحاجة إلى البيع فيها والابتياع فهل يجوز أم لا؟.

---

(1) جملة سقطت من أ.

فأجاب: بأنه لا بأس بالمعاملة بالسوق المذكورة إذا لم يكن المشتري واقعاً في ما وقع الإكراه عليه.

قلت: تقدم في مسائل الضرر نحو هذا عن الداودي: إذا أجبر قوم بالإخراج من أملاكهم وأجبر قوم على سكناه أنه سائغ السكنى وإن استطاع أن لا يكون إلا في الطرق المشهورة والمساجد فهو أحسن لأنها كانت إباحتها عامة.

ونزلت مسألة بالقيروان وهي أن أهل سوق يبيعون البزّ بها أجبروا على أن ينتقلوا عنها إلى سوق أخرى بعضها للمخزن وبعضها أملاك فأجبروا على عمارتها وإخلاء السوق الأولى منهم فالبيع والشراء بها جائز على هذا التقدير ولو وقع اكتراء في بعض الحوانيت لم يجز على هذا إن كانت من أملاك الناس، والله أعلم.

وقيدت عن عز الدين قال: أطلق بعض أكابر أصحاب الشافعي أن الخروج من الخلاف حيث وقع أفضل من التورط فيه. وليس الأمر كما أطلقه، فإن الخلاف على أقسام: الأول أن يكون بين التحريم والجواز فالاجتناب أفضل، والثاني أن يكون في الإيجاب والاستحباب فالفعل أفضل كقراءة البسملة في الفاتحة فإنها مكروهة عند مالك واجبة عند الشافعي، ورفع اليدين في التكبيرات فأبو حنيفة لا يراه من السنن وهي إحدى الروايتين عن مالك، وهو عند الشافعي سنة للاتفاق على صحة الأحاديث بكثرتها فيه. وكذلك صلاة الكسوف على الهيئة المنقولة فإنها سنّة عند الشافعي وأبو حنيفة لا يراها، وكذلك المشيُ أمام الجنازة مختلف فيه بين العلماء ولا يترك المشي أمامها لاختلافهم.

والضابط أن مأخذ الخلاف إن كان في غاية البعد عن الصواب والضعف فلا ينظر إليه ولا التفات إن كان ما اعتمد عليه لا يصلح نصبه دليلاً شرعياً لا سيما إن كان مما ينقض الحكم بمثله إن تفاوتت الأدلة بحيث لا يبعد قول المخالف كل البعد، فهذا مما يستحب الخروج من الخلاف فيه حذراً من كون الصواب مع الخصم، والشرع يحتاط لكل الواجبات والمندوبات كما يحتاط لكل المحرمات والمكروهات، انتهى كلامه.

ووجدت بعده بخط بعضهم: القسم الأول من العلة ظاهر لعدم افتقار المتروك لنية، والثاني مشكل لإلزامنا القائل بالإيجاب بنية والقائل بالاستحباب بنية ولا يمكن الجمع بينهما إلا أن يكون مما لا يفتقر إلى نية من بعض الواجبات والمندوبات مما هو معقول المعنى. وإنما يتخرج هذا القسم إما بناء على الانتقال من مذهب من يقول بالاستحباب إلى مذهب القائل بالإيجاب لأنه أحوط وهو الجاري على طريقة هذا الشيخ إذ مذهبه جواز الانتقال من مذهب إلى غيره سواء اتصل علمه بالمسألة أم لا؟ وفي المسألة خلاف مذكور في الأصول [181 ب] أو بناء على استلزام الوجوب بالندب وفيه خلاف، أو بناء على مذهب من يقول يكتفي بالنية العامة ينوي من الفعل التقرب إلى الله تعالى فقط من غير تخصيص فيه وجوب أو ندب أو غيرهما، نحو ما قيل في إعادة الصلاة في جماعة بنية التفويض. فقد يحصل لِنَاويها الخروج من الخلاف فوقعنا في الخلاف.

والقسم الثالث لا يتأتى إلا ممن شدّ في النظر بحيث يمكنه النظر في الأدلة والترجيحات أو يسأل من له أهلية النظر فوصل له، فيلزمه الانتقال على ما وصف هذا الإمام.

وسئل الداودي عمن غصبت أرضهم ثم قدروا على الانتصاف وقد زرعها الغاصب زماناً ووجد فيها زرعاً قائماً فقال: ما وجدوه في إبان الزراعة فلهم أخذه من غير شيء يعطونه للغاصب إلا أن يكون له قيمة إذا قلع فيعطى قيمته مقلوعاً بعد طرح أجر قلعه ويحاسب بها مما تقدم له في تلك الأرض من زراعة، وإن قام بعد الإبان فاختلف قول مالك واختلف العلماء فيه. فقيل: على الغاصب الكراء والزرع له، وقيل: الزرع لربّ الأرض وهو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس لعرق ظالم حق» والإجماع على أنه يأخذ وله الأمة.

قلت: والأول هو مذهب المدونة وذكره في من حرث أرض غيره وظاهره وإن كان يجعلها مقثأة إذا زال زرعها والقياس أن له ذلك، وقيل: إن له القلع ما

لم يُسبّل فلا يجوز قلعه كذبح القثايا[1] ذكره ابن رشد، وقوله: إذا لم يفت الإبان يأمره بقلعه، يريد ويكون عليه الكراء من أول الإبان إلى وقت القلع وظاهره وإن لم ينتفع بالأرض، وقيل: إنما ذلك إذا كان ينتفع بها ولو بحمامها لعام آخر. فقيل للداودي: فهل للفقراء أخذ الزكاة من الغاصب؟ قال: نعم، لأنه إن كان الزرع للغاصب فقد وجب وإن كان لربّ الأرض كذلك.

وسئل أيضاً: هل يُشترى هذا الزرع من الغاصب؟

فقال: قد أخبرتك أن اختياري أن الزرع لربّ الأرض فكيف يباح اشتراء مال الغير إلا أن يصلح أمره مع ربّ الأرض فيجوز. ومن يرى أن الزرع للغاصب وعليه كراء الأرض يكرهون شراء هذا الزرع حتى يؤدوا ما عليه لرب الأرض أو يتحلل منه، ومن اشترى منه على مذهب من يقول به فلا يكون جرحة.

قلت: كان شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ يحكي عن أبيه أنه سأل الشيخ القاضي أبا علي بن قداح عن شراء عشور العرب فنهاه عن ذلك. ثم إن القاضي بلغه أنه اشترى منه، قال: فقال له أبي: كيف تنهاني وتفعل؟ فقال: الفقيه يعرف كيف يتصرف في الشراء والبيع. ولعله إما أنه رآه مكروهاً وهو يعرف كيف يتعاطاه، ولا يتعدى أو يكون العربي تحلل أهل العشر أو رآه فقيراً مستحقاً ذلك أو رآه يصفه في محاله أو اضطر إليه القاضي فهي ضرورة حال، والله أعلم بقصده.

قال: وما أحدثه من الغرس فحكم ثمره ما مضى في الزرع: فإذا رد الأرض إلى ربها فعليه للغاصب قيمة الشجر مقلوعاً بعد طرح أجرة القلع يحاسب به في ما مضى عنده من كراء الأرض، ومثله البناء.

قلت: تقدم تعقب ابن سهل في قولهم بعد طرح أجر القلع وإن باع ما غصب بعرض ثم باع العرض بعرض فربه مخير إن شاء أخذ عرضه إن وجده

---

(1) كذا بالأصول.

ويفسخ ما بعده من البياعات، وإن لم يجده أخذ قيمته في قول أصحابنا يوم الغصب، وقيل أوفى مما كانت عليه قيمته وإن شاء أخذ العرض الذي أخذ فيه أو العرض الثالث وتمضي البياعات. وبعض العلماء يرى إذا فات العرض المغصوب لا يجوز البيع، ويرى له أخذ أعلا القيم. ولو باع المغصوب بدنانير أو دراهم واشترى بها عرضاً على أن يعطيها بأعيانها ثم استحق العرض، فقول أصحابنا إنه مخير إن شاء أخذ العرض أو ثمنه من الغاصب، وإن شاء إمضاء البيع وأخذ مثل الثمن الذي بيع به.

ثم [182 أ] ذكر ما تقدم من كلام ابن رشد، فقيل له: فلو غصب بقراً أو عبيداً فحرث بها أرضه الحلال بزريعة حلال أيشترى منه الزرع؟ فقال: هو مكروه، وهو أخف من غصب الحبّ وزرعه لقوة الاختلاف في هذا، ولا أعلم من يقول إن الزرع لمالك البقر والعبيد، والكراهة في غصب الأرض أشد من غصب الحَبّ لقوة الخلاف فيه.

ومن سقى شجرة بماء حرام فشراء ثمرتها مكروه، وهو أخف من غصب الأرض والحبّ[1] كتاناً أو قطناً أو صوفاً أو بزراً فجعل منه ثياباً، فقول أصحابنا وأهل الكوفة عليه مثل ما اغتصب إن عرف وزنه أو قيمته وإن لم يعرف وزنه لا يجوز شراؤه منه عند أصحابنا حتى ينصف ربّه، وبعض العلماء يرى أخذه مصنوعاً إن شاء أو أعلا القيم.

ولو غصب ذهباً أو فضة فضرَبها أو صاغها، أو نحاساً أو حديداً فصنع منه آنية أو سيوفاً أو سكاكين فهو على اختلافهم، وكذا سائر الأشياء إذا غيرت عن حالها فمن يرى لأربابها أخذها فلا يجوز شراؤها من غاصبها ويفسح إن نزل، ومن لا يرى أخذها يكره اشتراءها ولا يفسخ إن نزل، والكراهة شديدة.

ومن غصب حيواناً يؤكل فذبحه إذا لم يطبخ خيّر ربه في أخذ اللحم أو قيمة الشاة، وقيل يأخذ اللحم وما نقصت قيمة الشاة، وعن أبي حنيفة ليس له أخذ اللحم وله قيمة شاته، ولو طبخ اللحم فقول أصحابنا والكوفيين تجب له

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

قيمة الشاة. وبعض العلماء يرى له أخذ شاته، ولا أعلم خلافاً أن تذكية السارق والغاصب أنها ذكاة إلا طاووس وعطاء فقالا: ليس بذكاة، ثم ذكر في الأولاد أنها ليست بغلة وأنه إذا ماتت الأم دون ولدها أو العكس أنه إن شاء أخذ الموجود فقط وإلا لزمته قيمة المغصوبة. وذكر غلة الصوف واللبن والدار على حسب ما تقدم من اختلاف الأصحاب.

وسئل عن أهل موضع نزل بهم الأعوان في مظالم يطلبونهم بها فيعمل لهم أهل الموضع طعاماً ليحتسب به من مظالم تنزل بهم من غرم أموال أو شجر أو رقاب أو دواب فيخرج هذا عملاً فيحسب له بشيء معلوم ويخرج عيناً والآخر مالاً فهل للذي عمل الطعام أن يأكل منه أو يطعم غيره منه؟ فقال: له الأكل منه والإطعام لمن شاء والإباحة لمن شاء ولمن أبيح له أن يأكل منه إذا كان يحسب من فصاله ولا يرجع بشيء.

قلت: هذا واضح إن لم يخالطه غيره، وأما إن كان مجموعاً فلا يحلّ له أن يأكل منه إلا قدر ما يخصه منه فقط، وكذا لو خالطه مال يتيم أو ضعيف.

ثم ذكر الداودي معاملة من يخالط ماله الحرام أو غلب عليه، وما روي عن ابن حبيب وسحنون، وذكر مسألة بدل الدينارين عنه فقال: هذه لا تصح عن سحنون، كان [بريئاً][1] من هذا ولو كان إنما كره سكّتها لرداءتها أو عيب فيها على وجه المعروف لأنها حرام.

قال: ولقد روي عنه أن رجلاً من ثقات أصحابه يسمى أبا داود وشهد عنده شهادة فأخرج كشفاً بيد حمديس القطان فأتى شهود ومنهم أبو داود فكتب عليه حمديس «غير ثقة» فهال ذلك سحنوناً لما رآه وقال لحمديس: من قال هذا فيه؟ قال: أنا، فقال: من أين؟ قال: كنت عند غلام له حتى أتى شرطي فاشترى من الغلام ثوباً فذكر ذلك لأبي داود فمرَّ به حمديس فقال له: أخرج القاضي بيدك كشفاً قال: نعم، قال: وفيه اسمي؟ قال: نعم، قال: فما الذي أدخلت عليه؟ قال: إنك غير ثقة. قال: ومن أين؟ قال: لأني كنت معك يوم كذا عند

---

(1) بياض بمقدار كلمة بالأصلين، والإكمال مقترح.

غلامك فأتى شرطي فاشترى منه ثوباً، فقال أبو داود: يا هذا، إن الغلام ليس لي ولا لي مما بيده شيء، فسكن بذلك حمديس وعاد إلى سحنون فذكر ذلك له ففرح بذلك وحمد الله عليه لما كان يعلم من فضل أبي داود.

قيل: فمن كان عليه من التباعات مالاً يحصيه فورث مالاً حلالاً هل يجوز له أن يهب منه شيئاً ويصح قبوله؟ وهل يجوز اشتراؤه [182 ب] وأكله؟.

فقال: اشتراؤه جائز لأنه لو اشترى سلعة حلالاً بمال حرام جاز أن يشترى منه، وهذا أبين في الصحة. وأما هبته إياه وأكله منه فلا يجوز لأنه ممتنع من الإنصاف من نفسه. قيل: فلو تزوج به أو أعطاه في دينه فهل يجوز ذلك لآخذه؟ قال: لا يقبل، أليس هو قائم الوجه؟ فقد علم أن هذا المال بعينه حلال؟ فقال: إنما قائم الوجه الذي تجوز أفعاله ما لم يوقف ويؤخذ على يديه من كان غير ممتنع من أداء ما عليه ومن يستطاع الإنصاف منه. وأما من أزال سلطان حكم الحق بالباطل والامتناع فهو في الحلال كالذي يحكم عليه به ثم قدر عليه، وسلطان الله فوق سلطان العباد.

فقيل له: كيف وجه التوبة مما بيده من الأموال الحرام؟ فقال: إن كان سببها من ربا فليرد من أربى عليه ويطلبه إن كان غائباً، وإن أيس من وجوده تصدق به عنه، وإن أخذه بظلم فليرده لمن ظلمه، وإن لم يَدْر كم الحلال من الحرام مما بيده فهل يجزيه جزء من ماله يتصدق به؟ فقال: يتحرى قدر ما عليه من غير شك فيردّ ما عليه لمن عرف ويطلب من لم يعرف فإن أيس منه تصدق به عنه. فقيل: فما تصدّق ممن أحاطت المظالم به مما لا يعلم مستحقه فإذا غيب عليه وعلم أن هذا المتصدق لا ينتصف منه أبداً لكثرة ما عليه وكثرة مطالبته فإنه لا يحاط بذلك ولا يوصل إلى الانتصاف منه، فما تصدق به عن أهله على وجه التبري فجائز لأخذه من أهل الصدقة ومن أراد الصدقة عن نفسه فلا أجر له، والأحوط لمن أخذه أن لا يقبله ولو اعتقد آخذه أنه حق للمساكين لكان وجهاً محتملاً. ومن أخذه ممن يجوز له أخذ الفيء جاز ذلك.

ولو تاب مستغرق الذمة ولا قدرة له على أداء ما عليه فهل تجوز شهادته ويكون من أهل العدالة؟.

فقال: توبته إزالة ما في يديه إما للمساكين أو إما ما فيه صلاح للمسلمين حتى لا يبقى بيده إلا أقل ما يجزيه في الصلاة ما يستر من سرته إلى ركبته وقوت يومه الذي يجوز له أن يأخذه من مال غيره إذا اضطر إليه وإن كره صاحبه، وتقدم الفرق بينه وبين المفلس. وأبو عبيد يجعل الفلس مثله أيضاً ثم كلما وقع بيده شيء أخرجه عن يده ولا يمسك منه إلا ما ذكرت حتى يعلم هو والناس أنه لم يبق عليه شيء.

قلت: هذا خلاف ما تقدم لابن رشد في ما اكتسبه بعد إخراجه ما بيده فتأمله.

ومثل هذا في أحكام ابن الحاج: ومن أصاب الأشياء المكروهة من الأموال سراً فله إخراجها سراً، وما ظهر منها وعلمه الناس فهو جرحة حتى يشهد بأدائها، وما تحلل منه وطابت أنفس أربابه وليس أصله من رشوة في حكم ولا في ‑جميع حق على أهله ولا حلوان كاهن أو مهر بَغِي ولا إجارة مغن ولا نائحة فإن هذا لا ينفع فيه التحلل وإنما التحلل في ما كان من اعتداء.

وسئل عمن صحب حدثاً يأخذ عليه الدراهم في الفساد ثم أراد أحدهما التوبة، فقال لمن أراد ذلك: ما توليتَ قبضه فعليك غُرمه وردّه إلى من أعطاكه وما لم تتولَ قبضه ولا انتفعتَ به فهو على من أخذه وإن لم يوجد أربابه ولا عرفوا أو أيس من ذلك تصدق به.

قلت: جعله كرواية عيسى عن ابن القاسم في من باع الزيت النجس وفاته فإنه يرد ثمنه إلى ربه إن عرف وإلا تصدق به. وسمعت أن الصواب أنه بمنزلة راعي الخنازير وثمن الخمر والخنزير يتصدق به مطلقاً أدباً لأهل المعاصي والفجور.

وقيل: من هذه صفته يوهب شيئاً هل يشتري ذلك الشيء منه وهو سبب المعنى الذي هو عليه؟ فقال: لا يحل لأحد اشتراؤه لحرمته ومثله اكتراؤه. وأما لو تجر بالوديعة فبئس ما فعل في قرضها والربح له، واستحب أشهب التصدق به. وقول ابن عمر ونافع مولاه: الربح لربّ الوديعة. وعن الشافعي: إن اشترى

ذلك بعين الوديعة فهو مفسوخ، وإن كان على ذمته ودفع الوديعة فالربح له.

[183 أ] وسئل عمن بيده مال لا يُرضى هل يحج به أو يغزو؟ فنهاه عن ذلك.

قلت: لأنه مختلف في صحة الحج به فهو من المتشابه المختلف فيه. وحكى ابن رشد أنه مما يتوقى.

وسئل عمن ظُلم بظلامة فدفعها عنه رجل ثم وهب المدفوع عنه للدافع شيئاً، هل يسوغ له ذلك؟

فقال: إن كان من أجل دفعه عنه لم يسغ له.

قلت: تقدم أنه حكى حديثاً في ذلك أنه: «من شفع لأخيه شفاعة فأهدى إليه شيئاً فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا».

وسئل عن الفارض يقسم بين قوم فريضة على أن يأخذ أجراً.

فقال: إن كان القاضي بينهم فلا يجوز ذلك، وإن كان القاضي غيره ويأخذ لفتاويه في الحساب فهو جائز.

وسئل عمن بيده مال وقع في نفسه أنه وقع في بياعاته بعض الأشياء المختلف فيها وأراد التصديق بماله وهو ذو عيال أو لا عيال له؟.

فقال: إن وقع في ما يحرّمه كتاب أو سنّة ثابتة أو إجماع فليخرج ذلك عن يده وإن كان له أهل رده عليهم. وإن لم يكن في ذلك نص ولا إجماع وكان بيده كثير وأراد إخراج بعضه فليفعل، وإن كان له أهل وعيال فليمسك لئلا يحوجهم ولعله لا يصبر فيوقعه في ما هو أشد. وإن كان عزباً سرياً وأمن تحوّل بيته فليفعل والأجر له، والأحسن أن يبقي بعضه. قال الداودي[1] رحمه الله: كسبه فيها بعض الشيء خير من مسألة بعض الناس.

قلت: هذا خلاف ما نقل عن ابن القاسم أنه خرج عن مال أبيه لأنه كان

(1) في أ: الثوري.

صيرفياً، لأن الغالب عليهم عدم الخلاص، ولهذا روي عن مالك أنه يكره أن يتظلل بجدار صيرفي إلا أن يقال هذا غالب عليهم عدم الحيلة بخلاف ما فرضناه فلهذا وجه.

قال: ومن رغبته نفسه إلى خير لا شك فيه فليبادر به لئلا تنزع نفسه عن ذلك، ومن دعته نفسه إلى أمر يخشى سوء عاقبته ـ وإن كان فيه في الوقت بعض صلاح ـ فليعفّ عنه ما استطاع إلا أن يعلم من نفسه أنها لا تتغير من تصرف الأحوال ويدعوه إلى خطة رشد وما فيه الاحتياط فليبادر إليه. وإن أودع شيئاً يعلم أنه صار إلى من أودعه بالتعدي أو من أودعه إياه مغترق الذمة فعليه أن يرده إلى ربه إن قدر وإلا فعليه قيمته لأهله إن عرفهم أو يتصدق بها إن لم يعرفهم إذا رده إلى من دفعه إليه.

وقد جلس رجل من أصحاب سحنون إلى إسماعيل القاضي ببغداد فأتى رجل بجوهرة نفيسة مما أخرج من خزانة الملك فجعل القوم يقلبونها وقيل لصاحب سحنون: ألا تنظرها؟ قال: لا، فقال له إسماعيل: هات بديهتك. فقال: إنها إن وصلت إليّ صارت في ضماني، فأعجب ذلك إسماعيل واستحسنه.

قلت: تقدم لعبد الحميد وغيره أنه لا يضمنها إذا لم يستطع إمساكها.

قال: واختلف العلماء في المتسلط بالظلم يستدل بالطريق يسلكها من غير ظلم، فقال بعضهم: لا يدل على طريق يمرّ بها وإن لم يسلكها لظلم ولا غير. وقال بعضهم: يدلّ ما لم يكن ظلم.

قلت: هذه تدل على ما سبق لشيخنا الإمام أنه إذا تعرض أحد للماشية التي ترعى في أملاك الناس يريد أخذها أنه لا يمنع من ذلك لأنه بها يظلم أهلها والرعاة أملاك الناس. وقال في من قال له في بعض من يذهب إلى النسك: أيأكل المرء بالورع ويكسب بالفقه؟ فقال له أحمد: بل يأكل بالفقه ويتكسب بالورع لأن الأكل لا بد منه والكسب قد لا يؤكله.

قلت: تقدم التنبيه على هذا الأصل وأنه خلاف سيرة سحنون والسيوري

وغيرهما، وتقدم دليل تحريم الظلم من الكتاب والسنة والإجماع. ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «من غصب شيئاً» الحديث. وتقدم معناه مرتين، وقال: «الظلم ظلمات يوم القيامة» وقال: «من كانت عليه مظلمة فليتحلل منها من قبل يوم لا دينار ولا درهم» وروي عنه أنه قال: [183 ب]: «أيعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم، كان إذا خرج من منزله قال: اللهم إن تصدقت بعرضي على الناس».

واختلف في التحليل، فكان ابن المسيب لا يحلل أحداً في عرض ولا مال، وكان سليمان بن يسار يحلل في العرض والمال. ورأى مالك التحلل في المال دون العرض. وثبت أن الناس إذا جازوا الصراط يوم القيامة وقفوا حتى ينتصف بعضهم من بعض. قال بعض العلماء: والأعمال السيئة كلها ترد في ما بين العبد وبين الله سبحانه، إما أن يأخذ المظلوم من حسنات الظالم أو تلقى عليه من سيئاته أو يعفو عنه، ثم يرجع أمر العباد إلى الله تعالى. وقال بعض العلماء: من ظلم أو أخذ له مال فإنما له ثواب ما احتبس عنه إلى موته ثم يرجع الثواب إلى ورثته ثم كذلك إلى آخرهم. لأن المال يصير بعده للوارث وهذا صحيح في النظر. وعلى القول: إن مات الظالم في المال قبل من ظلمه ولم يترك شيئاً أو ترك مالاً لم يعلم به ورثته بظلم لم تنتقل تباعات المظلوم إلى ورثته لأنه لم يبق للظالم ما يستوجبه ورثة المظلوم. وإذا كان على المظلوم تباعات في المال لم يورث ماله للتباعات إلا بعد أن يوفى ما عليه، لأن الدين أحق بماله من الذي عليه من المواريث. وقد أحصى الله ذلك وعلمه وعلم من يصير إليه، انتهى كلام الداودي.

قلت: أما المسألة الأخيرة وهو أنه يورث عنه الدين لقوله عليه الصلاة والسلام: «من مات عن حق فلورثته» وعلى ظني أن الشاذلي شارح الرسالة حكى في هذا القسم خلافاً: هل يقصر حق الدين على الميت أم لا؟ وكذلك حكى الخلاف إذا كان الحق لذمي، هل يحاسب عليه يوم القيامة؟ ويكون عليه وبال تباعته أو لا؟ ومنهم من قال: النبي ﷺ هو الذي يحاسبه لقوله عليه الصلاة والسلام: «من آذى آدمياً كنتُ خصمه يوم القيامة» وأنه لا يجتمع معه بوجه.

وقد تقدم أنه إذا جُهل الذمي تصدق به، يعني فتسقط عنه تباعاته، لا أن الذمي يشفع به لقوله تعالى: ﴿وَقَدِمْنَآ إِلَىٰ مَا عَمِلُواْ مِنْ عَمَلٍ﴾[1] الآية، وانظر هذا مع قوله تعالى: ﴿۞ هَٰذَانِ خَصْمَانِ﴾[2] الآية، في من نزلت.

وأما المسألة التي قبلها وهي أن الله تبارك وتعالى يقتص للعباد بعضهم من بعض، فلقوله: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَظْلِمُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ﴾[3] وقوله: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ﴾[4] الآية، وقوله: ﴿وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّٰمٍ لِّلْعَبِيدِ﴾[5] وصيغة ظلام خرجت للمبالغة فلا مفهوم لها، وتقدم الكلام في الظالم إذا تاب ولم يجد ما يؤدي: هل يؤخذ ذلك في الدار الآخرة أم لا؟ من كلام عز الدين وأبي عمران وكذا الديون الدنيوية وكذا إن لم يتب.

وقد سئل عز الدين: هل يسقط عن الحاج حقوق الله وحقوق الآدميين؟

فأجاب بأن ذلك لا يقسط، فقال المعترض: أما حقوق الآدميين فلا تسقط وأما حقوق الله تعالى فالله تعالى يغفرها فإن هذا سدّ باب رحمة الله تعالى عن العباد وذلك يؤدي إلى أن لا يحج أحد، وقد أخبر النبي ﷺ فقال: «من حج هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه» وذكر حديث يوم عرفة وتجاوز الله تعالى فيه عن الذنوب العظام وأن الله سبحانه يسامح عباده في حقوقه بخلاف حقوق العباد. وقال: بدليل أنه أسقط عن العبد الجمعة لكونه في خدمة سيده، وبدليل الحديث المروي: «إن الظلم ثلاثة ظلم لا يغفره الله تعالى وهو الشرك به، وأما الذي لا يتركه الله فمظالم العباد بعضهم بعضاً. وأما الذي لا يعبأ الله به شيئاً فظلم العبد بينه وبين ربه عز وجل».

فأجاب: هذا المعترض جاهل لا يفرق بين حقوق الله المقربة إليه الموجبة

---

(1) سورة الفرقان، الآية: 23.

(2) سورة الحج، الآية: 19.

(3) سورة النساء، الآية: 40.

(4) سورة الزلزلة، الآية: 7.

(5) سورة فصلت، الآية: 46.

لثوابه وبين معاصي الله المبعدة عنه الموجبة لعقابه، فإن حقوق الله تعالى من الإيمان والإسلام وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم [184 أ] رمضان وحج البيت والصدقات والكفارات وأنواع العبادات، قال ﷺ: «حق الله على عباده أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئاً، وحقهم عليه إذا فعلوا ذلك أن يدخلهم الجنة». وأما الذنوب فهي مخالفة الله تعالى ومعصيته فالحج يسقط ذنوب المخالفة ولا يسقط حقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والحج وصوم رمضان فما أجهل من جهل طاعة الله وإجابته ذنوباً تُغفر، وإنما المغفور المخالفة لا عين الحقوق فمن ترك الصلاة أو الزكاة أو غيرهما من الحقوق فالحج يكفر عنه إثم التأخير لأنه هو الذنب، وأما إسقاطه لما استقر في الذمة من صلاة وزكاة ونذر وحج فهذا خلاف إجماع المسلمين.

وحسبك بمن يخالف إجماع المسلمين ثم يزعم أن ما ذكر ما أجمعوا عليه سد باب رحمة الله منفر عن الحج. ولو عرف هذا الغبي أن حكمها أجمع عليه المسلمون ليس بمنفر بل هو موجب للمحافظة على حقوق الله تعالى وللخوف الداخل الوازع عن معصية الله تعالى لما زعم أنه منصف. ولو أفتى أحد من أهل الفتوى أن الحج يُسقط شيئاً من حقوق الله تعالى لاجترأ العصاة على أن يتركوا كل حق من حقوق الله تعالى ثم يحجوا إسقاطاً لحقوق الله فالذي يوجبه الحج الذي اجتُنب فيه الرفث والفسق إنما هو إسقاط المعاصي والمخالفات وليست من حقوق الله تعالى معصية ولا مخالفة حتى تندرج في الحديث. فيخرج من هذا وجوب تعزير هذا الجاهل المحرّف لحديث رسول الله ﷺ عن صريحه، وما أجْزأه ذلك حتى قال: من زعم أن الحقوق لا تسقط بالحج ميئساً للناس من الرحمة، ويلزمه أن يكون المسلمون قد سدوا باب الرحمة لإجماعهم على أن الحج لا يسقط حدود الله تعالى.

فمن أخرّ الكفارة أو النذر والصلاة عن أوقاتها التي أوجبها الله تعالى فيها كان عاصياً بمجرد التأخير فتلك المعصية هي التي يكفرها الحج المبرور، وأما إسقاط تلك الحقوق بالحج فهذا شيء لم يقله أحد من أهل الإسلام. وأضرّ ما على المسلمين جاهل مثل هذا يقول ما لم يقله أحد من أهل الإسلام بأن

يفتي بأن ذكر ما أجمع المسلمون عليه سدّاً لباب الرحمة ﴿وَيَحْسَبُونَ أَنَّهُمْ عَلَىٰ شَيْءٍ أَلَآ إِنَّهُمْ هُمُ ٱلْكَٰذِبُونَ﴾[1] وكفى به غباوة وجهلاً أنه لا يفرق بين الحق الذي هو طاعة وسبب قربة عند الله وبين المعصية التي هي مخالفة وسبب يبعد عن الله تعالى.

وأما ما ذكره من الحديثين الأخيرين فليس بثابت فيُعتَمد على مثله. وإن كان البخاري قد ذكر أحدهما في تاريخه وفيه طعن ولم يصححه البخاري. والله يحول بين المسلمين وبين جاهل يُضلّهم ويغويهم ويظن أنه يرشدهم ويهديهم.

قلت: ورد حديث شبه الأول ذكره عبد الحق من طريق ابن المبارك وذكره أبو نعيم في الحلية وأظنه في باب التعريف بالداودي ذكره من حديث أنس بن مالك قال: وقف رسول الله ﷺ بعرفات وكادت الشمس أن تغرب فقال: يا بلال أنصت لي الناس فقام بلال فقال: أنصتوا إلى رسول الله ﷺ، فنصت الناس فقال: «معاشر الناس، أتاني جبريل فأقرأني من ربي السلام وقال إن الله عز وجل غفر لأهل عرفات وأهل المشعر وضمن عنهم التباعات» فقام عمر بن الخطاب فقال: يا رسول الله، هذا لنا خاصة؟ فقال: هذا لكم ولمن أتى بعدكم إلى يوم القيامة. فقال عمر: كثر خير الله وطاب، انتهى.

فكثير من جملة العوام والأعراب إذا تابوا [184 ب] يسألون عن هذا الحديث وأنه يسقط كل ما عليه من مظلمة، وهذا لم يقل به أحد في ما أعلم، وإنما معناه عندي التباعات في ما بين العبد وبين الله أي المخالفات التي تلزمه الذنوب فيها وأوطار المعاصي. وكذا ذكر السبتي في مغالط العوام بعد أن ذكر ما تقدم لعز الدين عن ابن الصلاح، قال: أولع العوام بالترخص به لحديث: «إن أعظم الناس ذنباً من وقف بعرفة ثم ظن أن الله لم يغفر له» فإنه حديث ضعيف يغري الجهلة بالمعاصي.

قال: ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «صلاة في مسجدي هذا خير من ألف صلاة في ما سواه من المساجد إلا المسجد الحرام» فاغتروا بأنه يتعدى إلى

---

(1) سورة المجادلة، الآية: 18.

الإجزاء عن الفوائت وإنما معناه في ما يرجع إلى الثواب لا إلى الإجزاء، ولا خلاف فيه.

وقد سئل المازري أيضاً عن مسألة التحلل وقول ابن المسيب فيها هل يكون عدم التحلل بحضرة الظالم أو من يبلغه ذلك فقد يزيد في ظلمه لتعنّته بالعفو. وما روي عن مالك في محالته من ضربه حتى حُمل مغشياً عليه فلما أفاق حلله وعلل ذلك بقوله: خشيت أن أموت فأستحي أن يدخل بعض قرابة رسول الله ﷺ بسببي النار، هل هو مخالف لمذهبه أو موافق؟.

فأجاب بأن قال: أول ما أنبّه في جواب هذه المسألة عن نكتة لم يعترض عليها من تكلم على المسألة بعينها من متقدم أو متأخر وحاجة السائل إليها ماسة. وذلك أنه تقرر أن أدلة الشرع نوعان قطعي كبعض الكتاب والسنة المتواترة والإجماع القطعي، وظني كأخبار الآحاد والقياس والتمسك بالظاهر وسائر طرق الاجتهاد. فإن كان غرض السائل البحث عن الانتفاع المحلل وسقوط المحاسبة والتباعة عنه في الآخرة في ما حلل فهذا لا طمع للقطع به لفقد الأدلة القطعية المذكورة، لكن ربما وُجدت أمارات تفيد الظنون ولا تستعمل إلا في العلميات كالمنع والإباحة وغير ذلك من أحكام المكلفين.

وإن كان الغرض الكشف عن جواز إيقاع القول إني حاللت فلاناً أو أضمر ذلك فهو من جملة الأحكام المستعمل فيها الظن، فينظر الفقيه هل يجب ذلك أو يحل أو يحرم أو يجوّز على وجه التساوي أو ترجيح أحد الطرفين؟ وأما المحالل فإنما يستعمل الأمارات الظنية في ما يقع عليه من عقوبة توقع به أو تجريح أو تعديل ونحوه. فإذا تقرر هذا فانظر في إجازة المحالة أم لا؟ فالتحريم لا يظهر له دليل شرعي يعوّل عليه إلا أن ينضم لبعض نوازل هذا الفن أمور وقرائن تقتضي منها كراهية أو ندباً بحسب ما تقتضيه قرائن النازلة مثل قرينة أن طلب التحلل قرينة في زيادة ركوب المنكرات وإلحاق ضرر فيها عن ذلك ظاهر، أو يبقى النظر في إيقاع ذلك في النفس مكتوماً أو يكون الأمر بالعكس فينتج عن التحلل كف واستقامة وتوبة حتى يكون الحال إلى خير، فالمحالة في هذا مستحسنة.

وإن عرفت النازلة من القرينتين فهذا محل الإشكال وينتج اختلاف العلماء. فأشار مالك إلى ما حكاه عن القاسم وابن المسيب واختار التفصيل. وحجة التحليل وأنه حسنة وهي بعشر أمثالها وطلب حقه يوجب أخذ بعض حسناته بقدر ما اجترم فتقع الموازنة بين الكفتين وهذا في ما يرجع إلى الله لا يقطع به والظنون راجعة إلى ما يقع من النفس أو حملها على. . .[1] ومكروهها ورحمة المسلم.

ثم تكلم على مسألة إذا اسْتبّ رجلاً وما وقع فيها من الأثر وقوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾[2] وفي ما ذكرناه كفاية.

ورأيت مقيداً في بعض نوازل عز الدين: من وقع إليه مال حرام فإن كان يعرف مستحقه أخذه ليدفعه [185 أ] إليه فيكون مأجوراً عليه لما فيه من الإعانة على إغاثة مسلم على وصول حقه «والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه». وإن لم يعرف صاحبه فله حالان: أحدهما أن يتوقع معرفته ودفعه إليه، فإن أخذه ليبحث عن صاحبه ليدفعه إليه إذا عرفه فهو أيضاً مأجور، وإن أخذه ليملكه حرم عليه أخذه ولزمه ضمانه.

الثاني: لا يتوقع معرفته بل ييأس فليأخذه من يد باذلة، وإن كان الإمام عدلاً يصرفه في مصارفه، فليدفعه إليه وإلا صرفه هو في ما يجوز للإمام صرفه فيه وهو مأجور غير مأزور.

قلت: وكثيراً ما يجري هذا في ما يؤخذ من بعض البلاد على وجه الفيء مثل ما جرى في بعض البلاد الجريدية وبجاية فتأتي بعض تلك العوام ببعض ذلك النهب فتارة يقصد التفصي من عهدته. ويسأل ما حكم الله فيه؟ فيسلك فيه مثل ما ذكر في هذا الجواب. وتارة يريد بيعه فإذا اشتراه على وجه الملك فهو كشراء الشيء المغصوب، إما أن يكون صاحبه معيناً أو يقدر على الوصول إليه، وتقدم جوابه إلا أن يكون ذلك النهب مأخوذاً من مستغرق ذمة، فحكمه حكم

(1) بياض بمقدار كلمة بالأصلين.
(2) سورة الشورى، الآية: 40.

مال مستغرق الذمة وقد تقدم أيضاً. وإن كان أخذه على معنى إن وجد مولاه ردّه إليه فهو بمنزلة من فدى متاعاً من أيدي اللصوص، وقد تقدم في الجهاد، وفي ذلك خلاف هل يأخذه ربه بغير شيء أو مخيّر بين أن يعطيه ما فداه به أو يسلمه.

ومثله ما روي عن سحنون في من يؤدي عن الرفقة مالاً للصوص ويريد الرجوع على وجه الحصص، فقال: إن كان يعلم أنهم يخلصون بمالهم أو يجدون من يخلصهم بغير شيء أخذوه مجاناً وإن كانوا يعلمون أنهم لا يأخذون حتى يدفعوا فيه مالاً فأصحاب الرفقة بالخيار إن شاؤوا دفعوا ما جاء عليهم من ذلك، وإن شاؤوا أسلموه لمن دفعه عنهم وهذا جار على الأصل.

وسئل عز الدين أيضاً عن تبييض الكتان المغزول في دار المبيضين المضمنة من جهة ديوان السلطان فإن الجير الذي يبيضون به غالب حجره أنه مغصوب من الناس، هل يجوز التبييض فيها أم لا؟ وإذا بيضه غيره واشتراه هو مبيضاً ما حكمه؟ وكذلك ما حكم من لا يعرف صنعة إلا نسج ذلك الغزل.

فأجاب بأنه إذا علم أنه يبيض بما هو غصب لم يجز له ذلك وإن كان فيه غصب وغير غصب وجوّز أن يقع التبييض بما ليس بغصب كره ذلك كراهية شديدة وإن علم أنه يبيض بالحلال والحرام لم يجز له ذلك، ولا يحرم شراؤه مبيضاً وإن بيض بما يعلم تحريمه، وكذلك لا يحرم نسجه وإن كان ما بيض به حراماً، والله أعلم.

قلت: مثله اليوم عندنا دار الصابون، العادة أنهم يحجرون الرماد ويأخذونه على اختيارهم لا على ما سوم ما يسوى ويحملون الجير كذلك بالإكراه من أربابه ويأخذونه بسوم بخس، وكذلك الزيت إلا أنهم يأخذونه بما يسوى فهو جار على مسألة تبييض الغزل فلا يجوز شراؤه ابتداء، لكنه إن وقع وطبخ الجميع فقد فات فيكره شراؤه منهم على حسب ما إذا وقع صنعة تفيته، وتقدم حكمه.

وقد كان شيخنا الإمام ـ رحمه الله تعالى ـ يقيمه في الدار لنفسه لكونه لا يخاف أو مأذوناً له وبعض أصحابنا يشتريه من خارج تونس ويجلب إليه وربما

عمل بالمدينة شراء فاشترى منه مع الأمن أسلم. وكذا فندق الرماد الذي يبيض فيه الغزل فإن كان يشتري باختيار أربابه فالتبييض به لا بأس به، وإن كان يشتري الرماد من المخزن وهم يأخذونه على حد ما يأخذونه في دار الصابون فحكمه ما تقدم، وإذا حصل التبييض على كل حال فيجوز بيعه وشراؤه ونسجه بكل حال لفوات عين الرماد.

ابن سهل: وسئل ابن عتاب وغيره من الفقهاء عن [185 ب] أموال إبراهيم بن أحمد المعروف بابن السقاء وقد ثبتت وفاته وورثه ولده الصغير وحده وقدم عليه وأوصى وصايا وقد ثبتت استطالته في أموال الناس ومقامه يوم ولي النظر، هل يورث عنه وتنفذ وصاياه أم لا؟.

فأجاب: إذا ثبت عندك ما ذكر وأعذرت في ذلك فالذي نراه أن جميع ما ترك إبراهيم للمسلمين إلا ما صح ملكه له بوجه يوجبه له ولا تنفذ وصاياه إلا في ما علم مما صح ملكه له. فإني رأيت لابن حبيب أن العامل إذا ولي فإنه يحضر قدر ما بيده قبل الولاية فما زاده في ولايته انتزع منه وإن أشكل الأمر شاطرهم المال الذي بأيديهم كما فعل عمر.

قال المازري: كان عمر يستمع في عماله ويكشف حتى أن بعض التجار عمل له شعراً يقول فيه:

نجح كما حجوا ونغزو كما غزوا	فإني لهم وفر... بذي وفري[1]
إذا التاجر الهندي جاء بفارة	من المسك راحت في مفارقهم تجري
فدونك مال اللّه حيث وجدته	سيرضون إن قاسمتهم منك بالشطر

فأراد أنهم صاروا يتضمخون بالطيب، فأرسل إليهم أبا موسى الأشعري وقاسَمَهم في ما وجد في أيديهم، فأتى إلى عمرو بن العاص يقسامه فقال: عهد رسول الله ﷺ بالحطاب يحتطب الحطب والقاضي يجرّ الحرير، فقال له أبو موسى: أبوك وأبوه في النار، اقسم ما بيدك، فقال له: سألتك بالله إلا ما كتمتها

---

(1) كذا ورد العجز بالأصلين.

عني ثم قاسمه ودار هكذا على جميع ماله إلى أن أتى على أبي عبيدة فلم يجد عنده سوى جلد معلق وآخر فراشاً ولم يجد عنده مالاً. وإنما قاسمهم عمر لأنه رأى الذي بأيديهم أشكل عليه أمره هل اكتسبوه بالجاه أو بالتجارة من غير جاه، فقسمه كمال ادعاه رجلان.

قال ابن حبيب: وهكذا ينبغي للإمام إذا علم من القضاة ذلك أن يشاطرهم في أموالهم. ونقل ابن عتاب عنه قال: للإمام أن يأخذ ما أفاده العمّال ويضمه إلى ما جبوا عليه. وقد فعله النبي ﷺ في عامل له قال: هذا أهدي له، فأخذه منه وقال: «هلا جلس في بيت أبيه وأمه فينظر أيهدى له أم لا؟» وفعله الصديق.

قلت: خرّجه في الصحيح، واسم العامل ابن البتيت. قال ابن حبيب: فكل ما أفاده الوالي من مال سوى رزقه في عمله أو قاض في قضائه أو متولي أمر المسلمين فللإمام أخذه منهم للمسلمين. وكان عمر إذا ولى أحداً أحصى ماله لينظر ماذا يزيد. ولذلك شاطر العمال أموالهم حيث كثرت ولم يقدر على تمييز ما زاد بعد الولاية. قال مالك: وشاطر أبا هرمس وأبا موسى وغيرهما.

قلت: قيل المبعوث كان محمداً بن مسلمة، والذي نقل المازري أنه كان أبا موسى.

ولابن سحنون عن مالك: ولا ينبغي لأمير ولا لعامل الصدقة النزول على أحد من عمله ولا يكون عنده ولا يقبل له هدية ولا منفعة فإن فعل لم ينبغ لمن معه أن يأكل من ذلك ولا يأكل إلا من رأس ماله أو أرزاقه.

وقد وقعت هذه المسألة بالقيروان في من كان يعرف بالظلم والتسلط بها ثم أخذ وشهد عليه العدول أحدهم الشيخ الفقيه الصالح أبو عبد الله محمد بن الرماح القيسي واستُصْفِي كثيرٌ من ماله بعد الإهانة والضرب هو وولده. وهكذا حكم الله في كل من ولي شيئاً من أعمال المسلمين فجبى مالاً لم يكن عنده واكتسب بالجاه أو الرشى فيجب صرفه لبيت مال المسلمين تجري مهماتهم والله الموفق.

ابن الحاج: في من عرف بالظلم والتسلط تسبب لامرأة وبنيها من ذوي

سلطان فسجنهم وأخذ مالهم ثم إنه باع عليها مملوكة [186 أ] على وجه الضغطة والتخويف من رجل وقبض الثمن عن بعض ما جعل عليها ثم ماتت هي والمبتاع، فقام ورثتها على ورثة المبتاع وهم صغار في المملوكة وأثبتوا البيع أنه كان على الصفة المذكورة من الضغط والإكراه بنحو شهرين شراء صحيحاً فحكم القاضي بأن بينة الإكراه أعمل، فحكم به وأرجأ الحجة للصغار فلما بلغوا الآن قاموا بتلك البينة المذكورة.

فأجاب أصبغ بن محمد: الحكم نافذ ولا قيام في ذلك لورثة المبتاع وهو الحكم الواجب ويحكم القاضي به. وبه قال ابن رشد وابن الحاج.

قلت: ويدخله من الخلاف ما تقدم في نظائره من الشهادة على الشيء وضده فتذكره.

وسئل المازري عمن بيده خادم سمرة مولدة ذكر أنه اشتراها من ناحية الجبال، وادعت الخادم أنها حرة ابنة حريْن وأتتْ بحاج وصل في المركب من جبل نفوسة يعرفها حرة ابنة حريْن ويعرف موضع أبيها بجبل نفوسة وأن معه جماعة يعرفونها فكلفت[1] بتزكيته والإتيان بغيره فبقيت أياماً ولم تأت بشيء وذكر سيدها سفره وأن إقامته تضرّ به فبين لنا الحكم.

فأجاب: إذا عقلت قدر الاجتهاد وأضرت بالسيد الإقامة وكان الظاهر عدم التزكية ولم يوجدِ غيره فلا يمنع صاحبها من السير بها وإن باعها اشترط ذلك على المشتري أعني الشاهد وأن تأتّى الكشف بجبل نفوسة عن قرب عقلت إليه وإذا وجبت اليمين حلف أنه لا يعلم حريتها إذا ادعى الاجتهاد لحلفه.

قلت: لأنه يحوزها بحيازة الملك ومتسلط عليها به لقوله في السؤال ومن بيده خادم. وكذا قال في المدونة: ومن حاز صغيراً إلى آخره، وكذا إذا قدم بأسير وهو مسترسل عليه وادعى أنه فداه وأنكر الآخر، القول قوله. وكذا الزوجة إذا كان يحوزها حيازة الزوجية وطال ذلك ثم يتناكران.

---

(1) جملتان سقطتا من ب.

ابن سهل: في يهودي ادعى في غلام خدمه أنه مملوكه وادعى الغلام أنه خدمه على أنه حر ابن حرّ فعلى اليهودي اليمين أنه مملوكه في ملكه لا غيره، ثم يأمر القاضي ببيع الغلام ويدفع ثمنه إلى اليهودي، وقاله ابن لبابة وغيره.

وفي العتق الثاني منها: من كان بيده صبي صغير يقول إنه عبده فلما بلغ قال إنه حر فهو عبد إذا عرفت خدمته له وحيازته إياه.

ابن حدير عن ابن لبابة وأصحابه...[1] ما قام به المحتسب من الشهادة في الخادم الأعجمية أنها مسلمة وأن عبد الله الأعجمي استرقها وما شهد به من أن أبا عبد الله الأعجمي أسلم وأن عبد الله ولد بعد إسلام أبيه وأمه نصرانية وأنك لم تعرف من البينة أحد أولئك أجَّلته ثلاثين يوماً، وسألت هل تطلق يد الأعجمي على الجارية أو يزاد في الأجل؟ فزد في الأجل من الخمسة عشر يوماً إلى عشرين يوماً فإن استبان شيء فنظرت فيه وإلا وجب ردّها إلى من وجدت في يديه وأقرت بالرق له.

وفيه: في من ادعى حرية زوجته وأنها ابنة حريْن وأثبتَ ذلك بمالقة على صفتها لا على عينها. فقال من ألفيت بيده: اشتريتها من بعض العرب وذهب إلى طلب الشهادة على عينها وهي بعيدة عن موضع الشهود.

فأجاب سعيد بن عبد ربه: إذا كانت صفتها مثل ما ذكر في الوثيقة التي تثبت عندك ولم تخالف بشيء فليعذر إلى من هي بيده في شهادة الشهود، فإن لم يكن فيهم مدفع قضيت بحريتها، وعن ابن حارث مثله وزاد: نحن نوجب الحقوق في الصفة في الأموال والرقاب فكيف في الحرية. وكذا عن ابن بقي بن مخلد قال: وقد روي عن أصبغ وغيره من أهل العلم وعن بعض أهل العلم أن الشهادة لا تتم إلا على العين. والذي أقول به القول الأول إذ أكثر الرواة على ذلك.

وعن ابن زرب: إذا وقعت صفة المرأة المشهود عليها وجب رفعها إلى

---

(1) بياض بمقدار كلمتين بالأصلين.

موضع شهودها، فقد روى أصبغ في العبد يدعي الحرية ويذكر أن بينته في بلد [186 ب] فالحاكم يكتب إلى قاضي ذلك الموضع في الكشف عما ذكر، فإن أتى من عنده بما يستوجب به الرفع رفعه إليه مع سيده وإن بَعد المكان ولم يذكر أن الشهادة على الصفة في مثل هذا كافية.

وعن ابن خزيمة: الذي أقول به إن الحرية لا تتم إلا بالشهادة على عينها لا على الصفة وإنما ذكر بعض العلماء هذا. والذي يقول به ابن القاسم وغيره: من اشترى غائباً ببلد على صفة، لا يتم الشراء إلا أن توافق عينه تلك الصفة فكيف في استحقاق حرية وخروج من حد إلى حد.

وفيه: من ثبت عليه أنه أعتق أمته إلى خمسة أعوام فادعت عليه الجارية أنه قبض أربعة عشر مثقالاً عن خدمة ثلاثة أعوام وأنها خدمته عاماً ونصفاً ولم يبق له عليها إلا خدمة ستة أشهر خاصة، فأنكر مولاها قبض ذلك.

فالذي يجب أن يحلف مولاها أنه ما قبض الأربعة عشر مثقالاً ولا شيئاً منها وأن العتق وقع إلى الأمد الذي حكاه. فإذا حلف على ذلك وجب على الخادم الخدمة إلى الأجل الذي حلف عليه وتجب مؤاجرتها عليه لما شكته الخادم منه وتوقعته من قبله لما ظهر من إنكاره ليعتقها به بعد إقراره به.

قلت: لأنه أصبح خصماً فهو عدو لها، كما إذا خاصم الوصي محجوره وجب عزله عنه كما تقدم.

وفيه: في من قام عليه رجل يشهد أن فلانة أمته أم ولده وشهد آخر عليه أنه قام بحيازة ابنه منها وأنكر السيد ما شهد به الشاهدان وأن الحمل الذي بها ليس منه فوقفها القاضي عند أمين وحان وضعها لحملها وأن الأمين ذكر ذلك للقاضي وأنها تحتاج إلى مؤنة الوضع، فأمر القاضي الأمين بالنفقة عليها ليرجع بذلك على سيدها ففعل. فلما طولب مولاها بذلك قال لا تجب علي.

فقال أبو أيوب: يعذر إلى مولاها في شهادة الرجلين المقبولين ويؤجله فإن أتى بمدفع وإلا قضيت عليه بأنها أم ولده. وأما ما أتت به الجارية من الحمل فإن نفاه وادعى الاستبراء قبله فله ذلك دون يمين. وقد وقع في بعض

الروايات بعد يمين وهو المختار. والنفقة في أسباب الوضع لازمة مطلقاً لأنها أم ولده أو مملوكة نفقة سداد. وعن ابن زرب مثل ذلك. وأما اليمين فروي عن مالك أن لا يمين وهي رواية عيسى عن ابن القاسم. وروي أيضاً: أن عليه اليمين في الاستبراء، ونفقة الحمل لازمة للسيد على كل حال، وروى سحنون عن مالك: الاستبراء المذكور ثلاث حيض، والذي ثبت عليه مالك وعبد العزيز حيضة. وعن بعض القرويين: لو شهد على السيد شاهدان على الإقرار بالوطء وامرأة واحدة على الولادة فطلب يمينه فنكل فهو بمنزلة ما لو أقام شاهداً على العتق، فهل يسجن حتى يحلف أو يعتلق عليه؟.

وفي النوادر عن غير الموازية: إنما يحلف وتجب اليمين على السيد إذا قامت امرأتان على الولادة وشاهد على الإقرار بالعتق، وقيل لا يلزمه. وكذا الخلاف إذا قام شاهد على الإقرار وامرأة على الولادة في اليمين.

وفيه: في أمة قامت على سيدها لما أراد بيعها وادعت أنها أسقطت منه وقال هو: لم تسقط مني وقد تكون أسقطت من غيري، فأقر أنه كان يطأ لكنه يتحفظ بالعزل عنها وشهدت قابلتان أنها أسقطت وهي عند سيدها أنها أرتها السقط المذكور وأعذر إليه، فقال: لا يعرفهن، وطلبت الجارية النظر لها.

فأجاب ابن خزيمة وأصحابه: إذا ثبت عندك اعترافه بالوطء ولم يزل حتى ظهر السقط وثبتت شهادة النساء بعد الإعذار إليه فتحمل الجارية بأنها أم الولد ودليله قول عمر بن الخطاب: يطؤون ولائدهم ثم يعزلون لا تأتيني وليدة تعرفني أن سيدها ألم بها إلا ألحقت به ولدها، فاعزلوا أو اتركوا إلا أن يدعى بعده استبراء. وهو [187 أ] كذلك في سماع ابن معاوية من الاستبراء، وهو تفسير عند بعض القرويين.

وفيه عن ابن حارث: في من شكت إضرار سيدها بها وضربه إياها ليس آثار الضرب بالذي يدل على الضرب كما يفعله الأب بابنه والزوج بزوجته والمعلم بمتعلمه والحاكم بين المسلمين، في من يستوجب الأدب، ومقادير الذنوب مختلفة. وكل من ولاّه الله شيئاً من أمور المسلمين فهو مأمون فيه

مصدق عليه إلاّ أن يظهر تعديه فيؤخذ على يديه. ولو صح تعدّي المالك على مملوكه فلا يعاقب أول مرة ويتقدم إليه بالزجر فإن تمادى على إضراره وصح عند الحاكم فحينئذ يباع عليه. هذا الفقه والفتيا عند أهل العلم.

والذي أراه: أن يتقدم في هذه المسألة إلى مولى الجارية بما يشبه التهديد من أنه يؤذيها أو يضرها وأنه إن ثبت عليه شيء من أسباب الضرر بيعت عليه. وكذا ينبغي في كل مملوك يتشكى إليك بمولاه، هذا ما أعرف وما أنقله.

وعن ابن زرب: ما روي عن مالك في الأمة تشتكي من سيدها ينظر في ذلك، فإن كان ما هي فيه ضرر بيعت عليه، وإن كان ليس بضرر لم تبع عليه. وبعض شيوخ بلدنا يفتون بأن تكرر المملوك بالشكية يوجب بيعه على مولاه. وهذا عندي في المولى المجهول الحال، والمعروف بالخير لا يباع عليه إلا بثبوت الضرر، وليست الجارية في ما ذكرته توجب ضرراً وبيعاً على سيدها.

وعن ابن أيوب: ليست الأحكام بالدلائل والظهور، فإن ثبت عندك سوء ملك المولى لهذه الجارية أمرت ببيعها عليه وإلا فلا، وإن احتسبت الأجر وتختبر عن ذلك من تثق به من جيرانه وغيرهم، وتعمل في ذلك على حسب ما ينكشف لك فيه.

وعن أصبغ بن سعيد: الفتيا صحيحة فقد تعلم أن من شكا ثم رد إلى من شكا به دون تحقيق فقد يؤدي ذلك إلى ذهاب النفس أو قريب منه فيتحفظ في هذا. فقد أوصى عليه الصلاة والسلام بالإرفاق بالمملوك، وفيه أجر عظيم. وعن ابن بقي بن مخلد أرى في هذه الشهادة ما يوجب البيع على مولاها وليس كالضرر يوجب العتق أو البيع إلا ما خرج إلى المثلة فيوجب العتق، والذي يقال أن يعهد إلى مولاها ويتوعده على هذا، فإن ظهر بعد التقدم ضرر فينظر في ذلك.

وعن مملوكة شكت إضرار سيدها بها، وبها أثر الضرب ولا بينة وقالت: إن ردت إليه تضرب. فعن ابن عبد ربه: إن أقامت الخادم عندك بينة على إضراره بها إضراراً بيِّناً مثل الجرح والضرب المبرح بيعت عليه، وإن لم تثبت

ردت إليه إلا أن يعرف بالإضرار لمن يملك فأرى بيعها عليه.

وعن أصبغ بن سعيد: روي عن مالك في الأمة تستبيع من ساداتها ينظر في ذلك: فإن كان ضرراً بيعت عليه وإن لم يكن ضرراً فلا تباع عليه، وعليك البحث عن حال هذه الأمة وحال مولاها في ما يملكه، فإن صح خبر عمل عليه وقد رأيت آثار الضرب في جسدها ووجهها وقالت: من فعله فواجب الكشف عنه والتثبت فيه. والذي أقول به إن من شك فيه وظن التحامل به البيع عليه، ومن لم يشك في خيره وعافيته أن لا تباع عليه إلا ببينة تقوم على سوء فعله.

وعن ابن حارث: حال المملوك مع سيده كحال سائر الناس، البينة على المملوك بالإضرار ويجب التثبت في ذلك، ولو أثبتت المملوكة الضرب وأتت بآثار ظاهرة بينة فهو على الضرر حتى تثبت أنه على غير حق فيعذر حينئذ إلى السيد فلا يشاور فيه أول مرة ويتقدم إليه بالكف والزجر، فإن كف بقي مملوكه بيده، وإن عاود وتبين منه الضرر ومخالفته الحق فتباع عليه إلا أن يكون السيد مشهوراً بالشر والعربدة والفسق [187 ب] فإن ثبت ذلك عليه مع آثار ضرب شاهدة بيع عليه ولا يكلف المملوك إثبات الضرر، وإن لم يكن السيد بهذه الصفة وليس فيه أثر ضرب والسيد من أهل الصيانة فلا يؤخذ بقول المماليك وإلا ودي إلى المفسدة فيهم على الناس.

ابن سهل: في امرأة عقد عليها وثيقة ذكر منها مملوكة لها أنها مولاتها فقامت المملوكة بهذه اللفظة تزعم أنها حرة، وزعمت السيدة أنها لم تعرف الفرق بين المملوكة والمولاة. أفتى أبو إبراهيم واللؤلؤي أنها حرة، وقاله له ابن زرب. ودليل أن المولى لا يقع إلا على الحر على ما في سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك في من يكتب في مرضه ثلثه لموال وفيهم المدبر والمكاتب والمعتق إلى سنة.

قال: أما المدبرون فلا وصية لهم حتى يعتقوا في ثلث الميت فيدخلون مع مواليه الذين كانوا في حياته ويوقف نصيب المعتقين إلى أجل والمكاتبين فمن أدركه العتق أخذ ومن مات قبل ذلك أرجع إلى من بقي.

وفي المجموعة لابن وهب: تدخل أمهات الأولاد في ما أوصى به كالموالي أو تصدق به عليهم. ابن الماجشون: وللموصي بعتقهم بعد موته.

قلت: في ولائها إن شهد رجلان على السماع أن هذا الميت مولى فلان أعتقه فأتى الإمام، انظر قوله أعتقه: هل هو تأسيس أو تأكيد؟ وفي آخر كلام الشعبي ما يؤيد الأول.

وفي هذه المسألة فيها: لو أقر رجل أن فلاناً مولاه ثم مات ولم يسأل هل هو مولى عتاقة أو غيرها رأيته مولى ويرثه بالولاء. وفي آخر مسألة عن ابن القاسم: من أقام بينة أن هذا الميت مولاه لا يعلمون له وارثاً غيره لم تتم هذه الشهادة حتى يقولوا أعتقه وأعتق أباه وأشهدوا على إقرار الميت أنه مولاه أو على شهادة بينة أن هذا مولاه[1]. قال أشهب: إن قدر على البينة لم يقض بها حتى يكشفوا عن ذلك، وإن لم يقدر عليهم حتى ماتوا قضي بالمال والولاء. وقيدنا قول أشهب إنه وفاق فهذا يدل على أنه تأكيد، ويحتمل عندي أن ينظر إلى المرأة هل تعذر بمثل هذا أم لا؟ كما أفتى ابن رشد عياضاً في امرأة قالت نحلت ابنتي ثم ادعت أنها من متروك والدها وهي ممن تجهل معنى لفظة النحلة أنها عطية فانظرها.

ابن سهل أيضاً: في امرأة ألفيت بيد رجل ادعت أنها حرة في موضع سمته وأن متغلباً أغار على ذلك الجانب فسباها، وذكر الذي ألفيت بيده أنه ابتاعها من ذلك الجانب الذي زعمت أنها من أهله، فقال ابن وليد ويحيى بن عبد العزيز: إثبات الرق لبائعها منه على من ادعى لتصديقه إياها على ذكر الناحية والذي فشا من فساد تلك الناحية. وقد قال سحنون بهذا إلا أن في ذلك اختلافاً، لأنها قد أقرت بالرق فعليها البينة. وعن ابن لبابة: البينة على مدعي الحرية إذ هي في ملك الرجل معروفة بالرق له. وعبد الأعلى يفتي بما قال أصحابنا لفساد الزمان ولست أراه. وعن ابن زرب: إذا كان العبد من بلد بيع الأحرار فيها فاش معلوم

(1) جملتان سقطتا من أ.

فعلى السيد الإثبات على صحة ابتياعه ممن كان له ملكاً، وبذلك أفتوا في فتنة ابن حفصون[1].

ونزلت مسألة بابن عبد الرؤوف في مملوكة ادعت أنها حرة الأصل من يابرة[2] ولها بها أهل فوقفها أياماً ثم رجعت عن دعواها وقالت: كذبت ما أنا إلا مملوكة. فقالت طائفة: لا يسمع رجوعها لأنها استحقت حريتها بدعواها فليس لها أن ترق نفسها. وعن طائفة: يسمع رجوعها وتبقى مملوكة، لسيدها. ابن عات: وبه أفتيت واختاره ابن بشير، ودليله ما في سماع ابن القاسم: يسمع نزوعها إلا أن يخاف أنها إنما نزعت من خوف، وإن ردت ذكره فاستحيت منه.

ونزلت بقرطبة عند إبراهيم ابن السقاء في امرأة مملوكة قامت تدعي الحرية وأنها ابنة فلان من سبتة [188 أ] وشهد عنده شاهدان على عينها أنهما يعرفانها بسبتة منذ سبعة أعوام تتصرف تصرف الحرائر، زاد أحدهما: وأنها حرة، وقال الآخر: أعرف لفلان الذي ذكرت ابنة إلا أني لا أعرف أهي هذه أم لا؟، وقبل شهادتهما وأعذر إلى مالكها فلم يكن عنده مدفع وحكم بحريتها وإطلاقها. وذكر في كتابه أن أهل العلم أفتوه بالحكم لها وخاطب للمحكوم عليه قاضي طليطلة ابن الحسناء ليعديه على بائعها منه وذكر المحكوم عليه بطليطلة أن بائعها منه ببطليوس فخاطب بذلك كله قاضي بطليوس أبا عبد الملك مروان بن محمد فوصل إليه الكتاب وقد هلك ابن السقاء فامتنع القاضي من إعدائه وقال: أحكام ابن السقاء غير نافذة عندي فكتب إلى قرطبة. فأجاب ابن عتاب: الشهادة عاملة وحرية المرأة ماضية والحكم بذلك نافذ غير مردود. فأجاب ابن القطان: إن أحكام ابن السقاء في هذا أو غيره مردودة يجب نقضها لجوره وتعديه والشهادة ناقصة إذا لم يشهدوا أنها حرة.

---

(1) ابن حفصون: ثائر أندلسي، كان من أوائل المثيرين للشقاق في الأندلس، وصفَهُ المؤرخون باللعين وبرأس النفاق، تنقل بين الإسلام والنصرانية نفاقاً وخبثاً. ووردت أخباره في كتاب البيان المغرب لابن عذاري خلال الجزء الثاني في ما بين ص 105 وص 171.

(2) يابرة: مدينة تقع بغربي الأندلس.

وأجاب ابن مالك: الشهادة بأنها تتصرف تصرف الأحرار ناقصة غير عاملة وقد يتصرف الآبق تصرف الأحرار، قال: ولو قالوا إنها حرة لكانت شهادة تامة، ولو قالا حرة معتقة نفذ أيضاً إذ لم يسميا العتق ولو سمياه وجب الإعذار إليه أو إلى ورثته. ثم قال: شاهدت ابن ذكوان القاضي قد شاور في عقد في حبس كان أبو عمر الشاطبي كتبه وفيه: يعرفون الدار التي بموضع كذا حبساً من حبس فلان، وأنها تحرم بحرمة الأحباس وتحاز بما تحاز به الأحباس. فقال ابن عتاب لابن ذكوان: ليس هذا العقد بشيء ولا يحكم به حاكم إلا بعد ثبوت ملك المحبس وعدة ورثته والإعذار في ذلك. وكان أبو عمر في الحضرة فقال لابن عتاب: كيف لا يكون العقد شيئاً وقد شهد شهود بأنها تحترم بحرمة الأحباس؟ فقال له: اسكت إنما عليك أن تسمع ولا تعترض.

قلت: فهل الشهادة بأنهم يعرفونها حرة عاملة دون أن يقولوا ابنة حرة لا ابنة حرين؟ قال لي: نعم، وكتبت لابن عتاب بعقد استرعاء في إثبات حرية نصه: يشهد من يتسمى في هذا الكتاب أنهم يعرفون فلاناً ابن فلان بعينه واسمه حراً ابن حرين لم يكن لأحد من الناس عليه ملك ولا شعبة رق في علمهم إلى حين شهادتهم هذه، فكتب إلي: العقد عامل، ولو كتب العاقد يعرفونه حراً ابن حرة لأجزى، وقوله ابن حرين إنما هو تعريف أنه ابن حر لا أنه ابن عبد من حرة. قال: وقول العاقد لم يجز عليه لأحد من الناس ملك ولا شعبة رق في ملكهم إلى حين شهادتهم يرجع إلى قوله لم يجز عليه ملك لأحد إلى آخر الكلام لأنه قد تقدم القطع على المعرفة بالحرية في صدر العقد بقوله يعرفونه حراً ابن حرين وهذا لا يكون إلا على القطع والبت، ولو كان على العلم لم تكن شهادة.

وفي كتاب الجدار لعيسى أن قاضي الجزيرة كتب إليه يسأله عن عبد ادعى حرية وسأل الرفع إلى قرطبة لمنفعة يرجوها.

فأجاب: إن تسبب العبد عندك بسبب في دعواه كالشاهد العدل أو الشهود غير العدول يقيم ذلك عندك ارفعه حيث يريد منفعته وإثبات حريته، وإن لم

يتسبب شيئاً مما أعلمتك به فنرى أن يؤخذ على صاحبه حميلاً لئلا يبرح به. ثم يسئل العبد عن موضعه الذي رجا فيه شهوده ومنفعته فيكتب إلى قاضي تلك الجهة ويكتب فيه أن عبداً صفته كذا واسمه كذا ورد به علينا رجل أراد إجارته فادعى الحرية وزعم أن بينته ومن يعرف حريته بناحيتكم ورفعناه حتى يأتينا كتابك فانظر في أمره واكشف عن حريته ثم اكتب بذلك إلينا [188 ب] لننظر فيه.

وسئل المازري عمن له أم ولد طلبها في خدمة أبيه وسكناها معه وأبت هي الخدمة وأبت أن تسكن معه ولا مع زوجته في الدار التي هما بها لاستضرارها بذلك وطلبت النفقة منه.

فأجاب: إنما له فيها خدمة لا كالأرقاء من الطحن وغيره، فإن جعل لأبيه ما كان فيها فلا بأس بذلك ولزمها ونفقتها لازمة له كالزوجة، وسكناها مع زوجته لا تجبر عليه لما يقع بين الضرائر من الغيرة وله إسكانها مع أبيه إلا أن تثبت ضرراً أو تكون الأم مع الأب والسيد يميل إليها فينظر فيه. وكان شيخنا يفتي بعدم إجبار الزوجة أن تسكن مع الأبوين لأن الغالب حدوث الشر فإن كانت العادة في أم الولد كذلك فينظر فيه.

قلت: في أمهات الأولاد منها ليس للسيد فيها خدمة ولا استسقاء ولا غلة وإنما له فيها المتعة.

وفي موضع آخر: ليس له فيها إلا الخدمة اليسيرة فيحتمل أن يكون المعنى الخدمة اليسيرة زائداً على خدمة الزوجة أو عليها قدر ما على الزوجة، وأما سكناها وحدها عن الزوجة أو عن أبويه فظاهر المدونة أنها أضعف من الزوجة، وأنها تجبر على ذلك ما لم يضر بها وثبتت ذلك. كما له انتزاع مالها ما لم يمرض وتزويجها على الأشهر جبراً.

وفيها: ليس لأم الولد مع حرة قسم. وأما سكنى الزوجين في منزل واحد أو في بيت واحد فقد تقدم في مسائل النكاح، وكذا سكناها مع أبويه أو سكناها مع أبويها أو ولدها وهو مذكور في العتبية وشرحها. زاد يحيى بن عمر: رب

امرأة لا يكون ذلك لها قليلة الصداق وضيعة القدر وربما تزوجها على ذلك وفي المنزل سعة. وأما ذات القدر واليسار فلا بد أن يعزلها ولو حلف أن لا يعزلها. . . على الحق أبرّه ذلك أو أحنثه[1].

ابن سهل: في أم ولد غاب عنها سيدها أزيد من ثمانية أعوام جهة المشرق فطلبت النفقة، فأفتى ابن عتاب إن وجد من ينفقها أو يسلف الغائب وإلا تلومت عليه شهراً وأنفذت عتقها على الغائب تلحق فيه بحرائر المسلمين ويسجل لها ولم يبق له عليها غير الولاء وترجى له الحجة على ما جرى به العمل. ومن أصحابنا من لا يرى هذا في هذه القضية ولا غيرها، أعني ما يكتب له إرجاء حجة وطول مدة المغيب أزيد من ثمانية أعوام فتسقط عنها اليمين أنه لم يخلف عندها ما تنفقه. وعن أشهب: إذا عجز الرجل عن نفقة أم ولده أرى أن يضرب له أجل الشهر ونحوه إذا لم يكن مما يستعمل به ما يكفيهن، فإن وجد أدنى ما يكفي وإلا عتقت عليه. وأخذت عن ابن القطان أنها لا تعتق وتبقى حتى ينصرف سيدها أو يموت أو يصح موته أو ينقضي تعميره، قال: وهذا على أصل ابن القاسم، ونزلت فأفتى فيها ابن الشقاق بهذا. وفي رواية لعلي بن زياد أنها تعتق. زاد في جواب ابن عتاب وتعتد بحيضة.

قلت: كما لو أعتقها سيدها أو مات عنها فالأكثر على أن عدتها حيضة ولبعض القرويين أنها تزوج هو خير من خروج ملكها عن سيدها ويكون هذا أخف المكروهين.

وسئل ابن أبي زيد عن أم ولد المفقود إذا لم يكن له مال.

فقال: هذه نازلة نزلت بها لا تعتق ولا تنكح، بخلاف الزوجة يضرب لها أجل المفقود، وإن كان له مال أنفق عليها منه ولا يضرب لها أجل.

قلت: ظاهر هذا الجواب أنها تبقى في الصورة المتقدمة ولا تعتق ولا تنكح.

---

(1) كذا وردت الجملة بالأصلين.

وسئل السيوري عمن هرب من الأعراب وهو يدعي الحرية أو وجد بأيديهم يدعي أنه مملوك للغير أو الحرية أيضاً وأخذوه غصباً وهم مشهورون بالنهب، هل يقبل منه ذلك أو يؤخذ من أيديهم إن قدر أم لا؟ وكنت أسمع أن أبا عمران الفاسي قال في فتنة صقلية: من ادعى الحرية فالقول قوله.

فأجاب: يقبل منه كما قيل عن أبي عمران [189 أ] وهو كلام صحيح.

قلت: تقدم ما فيها للأندلسيين.

وسئل ابن أبي زيد عن مكاتب لرجلين دفع لأحدهما مالاً على عتقه ثم عجز المكاتب وهلك المعتق عديماً.

فأجاب: ليس هذا بعتق بل قطاعة، فإن كانت من غير إذن الشريك فهو مخير بين الإمضاء والتمسك بنصيبه من العبد أو الرد فيرجع على شريكه بنصيبه يباع نصف أو ما بلغ في ذلك.

قلت: أصلها في المكاتب فيها فانظره.

ابن حدير: في مكاتب شكا سيده فحضر وذكر أنه أخذ بعض نجومه وادعى العجز وأقر المكاتب بذلك وعجز نفسه وأثبت عدمه وطلب البيع وامتنع سيده وهو من أهل العافية.

فأجاب ابن عبد ربه وابن حارث: إذا كان السيد من أهل الخير فلا يباع عليه ولا يقبل ما ادعاه من الضرر حتى يثبت بالبينة العدلة وتوقفه بعد أن تعلمه بما ادعاه وأن ما شهد به الشهود ليس بموجب بيعه على مولاه، فإن استمر عجزه فسخت كتابته، وإن قال: إنما عجزت بنفسي لرجائي أن يباع عليه ودعا إلى التمادي على كتابته وأداء نجومه لوقتها عذرته وأقلته بما عجز نفسه وإن لم يدع شيئاً من ذلك نقضت كتابته وأعدته على ملك سيده.

ابن الحاج: في من ضرب رمكة في ازدحامه معها في السوق بقبطالة[1] فزجرت.

---

(1) قبطالة، كذا في الأصلين، ولعلها قرية قبطيل بالأندلس، الحميري: الروض المعطار، ص 454.

أفتى ابن الطلاع بأن تقوم ويغرم الضارب عشر قيمتها وأخطأ فيها واعترف بذلك، وأفتى ابن رزق بأن يقوم بالزجر وعدمه ويقوم ما بين القيمتين وهو أصح.

قلت: كنت أسمع في المجالس أن فتوى ابن الطلاع في الموازية وهي تجري على مسألة اصطدام الأحمال والتقاء الفارسين وصول الفرس فتجري على مسألة تمر اليد فتسقط الإنسان ودفع الكلب العقور ونحوه.

وسئل المازري عن رجل أتى من القيروان برسم بشاهد يقتضي أن الخادم الفلانية من أملاك فلان إلى آخر الرسم للاستحقاق، فوجدت في يد رجل فقال اشتريتها بخمسين ديناراً من رجل من العرب فطلبه بحميل فلم يجده فقال ادفع عشرة دنانير تتصرف فيها ونرجع نأتيك بالوثيقة، وذكر أنه يخاف من العربي متى أعطاها في غيبته، فبين لنا الحكم في ذلك.

فأجاب: إذا ثبت حكم الاستحقاق وجب دفعها له ولا حجة في الخوف من العربي لأن منعه من حقه ظلم ولا يمكن من ظلم المستحق لأجل أنه يخاف من الظلم مع أنه تسبب في إدخاله على نفسه بخلاف المستحق.

وسئل أبو زكريا البرقي عمن غاب ببلاد المشرق وله وكيل على طلب حقوقه حيث كانت ومن أي وجه وجبت معاوضة تامة فقام وأثبت ملك عبد الغائب ببينة عدلة فهل يقضي له أو حتى يبعث فيحلف يمين القضاء فيوقف العبد؟ وكيف إن كان في إيقافه ضرر لطول زمن الوصول والرجوع؟ ومن يستخدمه زمن الإيقاف؟ وعلى من تكون نفقته؟ وهل يخرج له حتى تعرف عينه ليحلف على ذلك؟ وكيف إن لم يكن له عقد بيد المستحق ممن بيده حتى تطابق صفته العقد الذي استحق به فتكون الصفة كافية على الخروج؟.

فأجاب: اختلف قول ابن القاسم في الحق الثابت للغائب إذا احتيج إلى يمين الاستظهار على الغائب ويعذر ذلك لبعده هل يقضي بالحق وتوقف اليمين على الغائب أو ورثته إن مات أو يوقف المستحق حتى يحلف الغائب أو ورثته، وهي مسألة إشكال. والأظهر عندي والأرجح في نفسي في هذه المسألة أنه

يقضي للغائب بالعبد لأن في إيقافه وجوهاً من الضرر وترجي عينه، فإن قدم فحلف هو أو ورثته [189 ب] بعد موته مضى الحق، وإن نكل حلف المطلوب ورجع عليه.

وأجاب البرجيني بأنه لا يحكم بتسليم المملوك إلا بعد يمين الغائب وبعد شهادة الشهود وأنها مضمنة النيابة عنه في المملوك تصريحاً أو فهماً، فحينئذ يحكم بصحة الوكالة على الغائب. انظر هذه المسألة في وكالات مختصر الواضحة وأقضية النوادر والبيان والتحصيل لابن رشد.

قلت: الذي أحفظ في البضائع والوكالات المسألة التي أشار إليها البرقي ذكر ابن رشد فيها أربعة أقوال.

وسئل ابن أبي زيد عمن تلفت له دابة فوجدها بيد رجل زعم أنه اشتراها من متغلب من رجال السلطان فذهب ليقيم البينة عليها فردها الموجودة بيده للمتغلب وأخذ ثمنه منه ثم جاء الطالب فلم يجدها بيده. هل يتوجه له الطلب على الذي كانت بيده أو الذي صارت إليه؟.

فأجاب: إن قدر القائم على إقامة البينة عند الحاكم على عين الدابة أو قالت البينة هي التي كانت بيد فلان وأنه ما باع إلى آخر الشهادة وقدر الحاكم على الحكم على الذي بيده فعل وأخذ للطالب دابته. وإن لم توجد البينة على هذا الوجه ولم يمكنه فله رد اليمين على من كانت بيده الدابة أن فلاناً أقاله منها ورد عليه اليمين ثم يطلبها إن أمكنه ذلك.

وسئل عن مستغرق الذمة لم يكن له شيء حتى خدم السلطان فصارت له رباع بالشراء الصحيح ثم تصدق ببعضها على بني بنيه ومات. فأراد المتصدق عليهم الآن تطييب ذلك.

فأجاب: لا تقبل صدقة مستغرق الذمة ولو كان سليم الكسب فكيف بهذا. فإن أراد هؤلاء الصدقة بقيمة هذه الصدقة فحسن ولا يقضى به والقيمة يوم تابوا لا يوم القبض ولا يلزم عليهم رد الغلات لأنه لو استحقها الآن مستحق فلا رد عليهم للغلات.

ابن عات: في من يدعي على رجل أنه غصبه شيئاً أو سرقه فتداعيا إلى السلطان ثم اصطلحا على أن أعطاه مالاً وهو يقول للبينة إنما أعطيته المال مخافة السلطان وضرب السياط ولم آخذ له شيئاً، فلا يرجع بشيء لأن الناس لا يتداعون إلا إلى السلطان إلا أن يكون للمدعي من السلطان ناحية ويعلم أن السلطان يطاوعه فينظر الحاكم في ذلك بالاجتهاد.

وسئل بعضهم عمن ضغط ظلماً وباع شجر زيتون لذلك ثم أراد الرجوع وغلتها.

فأجاب: إذا علم المشتري عند عقد البيع بالجور كان للبائع أخذ الشجر وغلتها.

قلت: هذا على مذهب المتقدمين، وعلى مذهب المتأخرين البيع يمضي وقد أخر في فعله.

وعليه سئل ابن لبابة عن مضغوط ظلماً تسلف مالاً وأمر المتسلف بدفعه للظالم ففعل.

فأجاب: لو قبضه المضغوط لضمن على اختلاف فيه، وأحب إلي أن يضمن.

وسئل عمن يأخذهم السلطان بمغرم على مقدار مال كل واحد منهم.

فقال: سئل سحنون عن رفقة من بلد السودان يؤخذون بمال في الطريق لا ينفكون منه فتولى ذلك بعضهم ويأخذ من الباقين. فقال: لا يجد الخلاص إلا بذلك وهي ضرورة لا بد لهم منها وأراه جائزاً.

قلت: تقدمت هذه المسألة وأنها بمنزلة من فدى مالاً من أيدي اللصوص، والصحيح لزومهم ذلك إن لم يتخلصوا إلا هكذا. وذكر هنا أنه على قدر أموالهم كالخفارة على الزرع والغلات ونحو ذلك. وكان شيخنا أبو محمد الشبيبي ـ رحمه الله ـ يختار أنه على عدد الأحمال لا على قيمتها، ويعلل ذلك بأنه قد يؤدي إلى كشف أحوال الناس ويخاف على من حمله غال من إجاحته

وقصده بالإجاحة في الطريق. وقد اخترته أنا حين نقلنا من الحج ببلاد برقة ضربنا الخفارة مرة على عدد الأحمال ومرة على عدد الإبل لأنه كان خلط علينا أعراب [190 أ] إفريقية فعملنا على عدد الإبل خاصة لما خفت على من بيده شيء غال في الرفقة أن يسرق له أو يجاح قصداً وأنه يحسن من الفتوى إذا كان المأخوذ قليلاً وإن كان كثيراً جداً فيترجح الأمر فيه، والأولى أن يصطلحوا على ما يحسن يزاد بعض شيء على من رحله خال، وبالله التوفيق.

وسئل اللخمي عمن أسلف لظالم مالاً ثم عزل ونزل به ما يستحقه فتوصل إلى بعض كتب عنده هل يأخذها بقيمتها من دينه أو تباع ويتصدق بثمنها لعدم ضبط غرمائه ثم توقف للمسلمين؟.

فأجاب: تنزّه الطالب عن أخذ دينه من هذا المال الخبيث أحسن وأولى وأبرأ للذمة والتصدق بالثمن أحسن.

وسئل أبو محمد عمن يرمي عليهم مغرماً فباع بعض الربع للدفع.

فأجاب: هو بمنزلة المضغوط وسواء كان عليه أعوان أم لا.

وسئل عن عامل معروف بالغصب.

فأجاب: إن كان له مال أو أكثره حرام فهو حرام بيّن، ومن اغتصب عيناً فاشترى بها عرضاً فلا يجوز الانتفاع به حتى يؤدي للمغصوب ولا بأس بشراء ذلك العرض منه.

قلت: تقدمت هذه المسألة للداودي وغيره.

وسئل عمن يسلخ جلد الميتة ويبيعه قبل الدبغ أيؤكل طعامه؟

قال: لا.

قلت: في جواز بيعها خلاف لابن وهب، فهي من المتشابه وقد تقدمت أيضاً. ومنه ما سئل سحنون: هل يؤكل طعام من يجيز كراء الأرض بما يخرج فيها وشراؤه؟.

فقال: لا.

وسئل اللخمي عمن له ربع يقوم به ودار يسكنها فدخل اختياراً في جباية السلطان في الديوان الذي أسسه بنو عبيد، فظلم الناس وجبى الأموال وحمل على القوي والضعيف وهو مع ذلك مجاهر بالفجور وشرب الخمر قد استفاضت أحواله عند أهل البلد، ثم قدر عليه. ما حكمه؟

فقال: مثل هذا ينبغي أن ينهك عقوبة ويعاد إلى السجن ثم يضرب ويعاد إلى السجن ويطال ضربه وسجنه ويتصدق بجميع ماله.

وسئل أبو محمد عمن لا يورث الإناث ولا يمنعون من طلب منهن حقه ويأخذه ومن تركت منهن شيئاً... [1] أتجوز معاملتهم وقبول معروفهم؟.

فقال: إن كان عدم طلب البنات إخوتهن لمعرة تنالهن لا لطيب نفس لم يحل لإخوتهن التمادي على المنع، ثم ينظر: فإن كان هذا الميراث هو مالهم أو جله، لم تحل معاملتهم وقبول معروفهم، وإن كان أقل أموالهم كره ولا يحرم إلا أن يكون من الميراث فلا يحل بيعه ولا هبته لشركتهن لهم في عينه.

وسئل عن السكنى في حوانيت غصبها السلطان.

فقال: لا تسكن. قيل له: هل يعامل ساكنوها؟ فقال: إذا عاملوا من أكثر ماله حراماً فلا يجوز، ولو كانوا يعاملون أهل الحلال فهي جائزة، ولو عاملوه بالأمرين نظر إلى الأكثر فيحمل عليه. وأما قبول هديته ومعروفه فإن سكنوا مدة اجتمع عليهم من كراء الأرض المغصوبة ما استغرق ذممهم لم ينبغ قبول هداياهم ومعروفهم لعدم تمكن أهله منه، وأما لو بذلوا للمغصوب منهم كراء أرضهم أو تصدقوا لذلك مع حمل أرباب الأرض فمعروفهم جائز ومعاملتهم جائزة في العلم على كل حال.

قلت: تقدمت هذه المسألة من كلام الداودي وغيره: كل أصل حلال بيع بمال حرام لم تحل غلته ولا أكل ثمرته ولا شرب مائه ولا الاستظلال بظله. وإن

---

(1) بياض بمقدار كلمة بالأصلين.

اشترى الحرام بمال حلال لم يحل ذلك أيضاً. انظرها في سماع سحنون من الجامع.

قلت: تقدمت هذه القاعدة أيضاً.

وسئل ابن أبي زيد عن مشتركين في طعام غاب أحدهما فجاء الظالم فأخذ نصيب الغائب من الطعام، هل ذلك قسم أم لا؟

فأجاب: الذي عندي أن المأخوذ والباقي بينهما.

قلت: كان يتقدم لنا في هذه المسألة أنها تجري على الخلاف في قسمة الغائب هل تصح أو لا؟ وأخذ هذا الأصل من أخذ الظالم العشر من الحبوب هل [190 ب] يجزيء أم لا؟ والخلاف فيها مشهور في المدونة وغيرها. وأجراها ابن بشيرعلى قسمة الغاصب. وعليه يأتي الخلاف في مسألة واقعة: وهو إذا أخذ اللصوص أو الوالي فرساً أو غنماً أو غيرها وهي بين رجلين فقام عليه أحدهما إما بجاه أو فداء أو بقوة فرد إليه نصف ذلك، هل يطيب له أم لا؟.

وعليه سئل عن حوائط اغتصبت من أربابها ثم أقرت في أيديهم على النصف مما تخرجه فربما أخدموها وربما ساقوها على أن النصف للغاصب والنصف بينهما، فربما باع بعضهم واستغل المشتري النصف، وربما أسقط منه بعض ما يؤخذ منه أو أنفذه وكيل الغاصب هل يجوز هذا البيع أم لا؟.

جوابها: البيع فاسد ويفسخ لبقاء يد الغاصب عليه ولا تطيب للمشتري الغلة التي سامحه وكيل الغاصب فيها.

وعن السيوري إذا غصب نصف شيء مشاع بسبب مالك النصف هل يكون نصيبه بسبب الذي أخذ بسببه أو منهما جميعاً؟

فقال: مصيبة المغصوب من المالكين جميعاً فلا شيء على الشريك من ذلك. قال: ومن تصدق بما غصب منه فهو جائز وللمتصدق عليه أخذه من الغاصب، واختلف هل حوز الغاصب له حوز لهذا أم لا؟ والحيازة ضعيفة ولمن وقع به ذلك أن يجتهد.

قلت: هي في المدونة أنه غير جائز له.

وسئل عن السلطان إذا رمى مالاً على الرعية فربما احتسب رجل من أهل الخير فيكتب أسماء الناس بينهم وما يوضع عليهم ليقضي كذلك...[1] للسلطان بدفع ذلك.

فأجاب: لا ينبغي له ذلك وليترك غيره يتولاه فإن فعل لم يكن ذلك عندي بالذي يسقط شهادته لتوليه.

قلت: مثله ما يقع اليوم في قرى تونس تكون عليهم وظائف مخزنية ظلمية يطلبون أيمتهم في كتبها لهم إما في بطاقة أو بطائق وتارة يطلبونها بأنفسهم وتارة يدفعونها إلى أعوان السلطان والعمال، والثاني أشد لأنه يؤدي إلى تسليط العمال على أحادهم أو أعوانهم وربما أدى ذلك إلى إضرارهم. وأما لو كانوا يكتبون ذلك للعمال بغرضهم أو بغرض العمال فهذا لا شك في حرمته لأنه معونة على المعصية، وهو معصية، بل لا يجوز نظر هذه الأزمة ولا قراءتها للدلالة. وأما لو التزم عامل مالاً على سوق وهو موظف على ما يجلبونه أو يجلبه غيرهم لكنهم الأكثر، مثل ما يلتزم في بعض الأسواق بتونس كالدباغين، فإن طلب المتلزم كتابته من رجل منهم أو من غيرهم فهو لا يجوز لأنه أعانه على جباية الحرام. ولو طلب الجماعة رجلاً منهم بجميع هذا المال ودفعه عنهم والتزموا أداءه وما بقي منه يوظفونه عليهم للغرامات. فهذا إن كان لا يدخل عليهم غيرهم فيه فهذا الذي قال فيه لا ينبغي له فعل ذلك يؤدي ما عليه من وظيفة ويسلم من هذا، فإن فعل ذلك فليس بجرحة. وأما لو كان غيرهم يدخل في هذا المغرم مما يجلب إلى ذلك السوق من غيرهم معهم كسوق الجزارين بتونس فلا يجعل الدخول في مثل هذا لأنه يصير مغرماً ممن لم يدخل معهم في الظلمات وإنما تؤخذ منه كرهاً. وقد وقع ذلك لبعض من يظن أنه فعل ذلك على وجه الإعانة للجماعة وهو خطأ لا يخفى على متأمل وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعاً فأنكرت عليه ذلك، وإذا بسبب غلطة على أن خسر ما باع فيه

(1) كلمة غير مقروءة بالأصلين.

دار. . .[1] فخسر الدنيا والآخرة. ونسأل الله السلامة واتباع ما يُصلحنا في أمر ديننا ودنيانا بمنه وإحسانه.

وسئل عمن رمى عليهم السلطان مالاً فتعاون الناس في جمعه على وجه الإنصاف.

فقال: نعم، هذا مما يصلحهم إذا خافوا، وهذه ضرورة.

قلت: وعليه سئل أبو عمران في تعاليقه عن الذين يحضرون الغرم يطرحه السلطان على الناس فهل يقدح في الحاضرين حين رميهم ذلك؟ قال: لا لأنها ضرورة ولو لم يحضر وغاب عن الناس وغاب غيره فربما جاء الأعوان فسجنوهم أو حملوا معاشهم ولكن على وجه الضرورة، انتهى.

قلت: [191 أ] معناه ولا يدخل في التوظيف على أحد وإنما يحضر صامتاً حتى يوظف الجماعة ذلك ويعين بعضهم بعضاً على المعدلة. وأما لو دخل في التوظيف فلا ينبغي لأنه قد يخطىء فيه فيكون ظالماً لمن أخطأ عليه.

وسئل أبو محمد: هل لأحد أن يمنع نفسه من الأداء إذا خلص له الجاه أو نحوه؟

فقال: لا ينبغي له خلاص نفسه إلاّ قبل فرض المال ليخرج عن الناس في أدائه أو يحاسبهم السلطان به.

قلت: وسئل عنها أبو عمران أيضاً. قيل له في رجل يكون في قوم تحت سلطان غالب يرسم عليهم المغرم فيكون فيهم رجل له ذمام لا يؤدي معهم.

فقال: الصواب أن يؤدي معهم ويعينهم إذا كانوا إنما يؤدون مخافة ما ينزل بهم. قال: ولا يبلغ به مبلغ الإثم إن ترك ذلك وعوفي، ولكن هذا الذي ينبغي له أن يفعل. انتهى.

وقد تقدمت هذه المسألة مع نظيرها في القاضي يريد سجن رجل ويعلم

---

(1) بياض بمقدار كلمتين بالأصلين.

أنه ينال في السجن الضرب وغرم المال كيف يفعل؟.

قال: يسجن ويدخل الظلم القليل في الكثير لأنه لو لم يسجن أضيعت الحقوق وهو شبه الذي يحلف لئن لم أضرب هذا الرجل خمسين سوطاً لأضربن عنقه، لا بأس أن يضرب هذا الرجل حتى يخلصه مما هو أكثر وهو الموت، ولا يكون على الرجل في ذلك شيء.

وسئل الداودي أيضاً فقيل له: فهل ترى لمن قدر أن يتخلص من دفع هذا الذي يسمى بالخراج إلى السلطان أن يفعل؟

قال: نعم، ولا يحل له إلا ذلك.

قيل له: فإن وضعه السلطان على أهل بلد وأخذهم بمال معلوم يؤدونه على أموالهم، هل لمن قدر على الخلاص من ذلك أن يفعل؟ وهو إذا خلص أخذ سائر أهل البلد بتمام ما جعل عليهم؟.

قال: ذلك له، لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾[1] وإلى هذا ذهب مالك في الساعي يأخذ من غنم الخلطاء شاة وليس في جميعها نصاب إنها مظلمة دخلت على ربها لا يرجع على أصحابه بشيء. ولست آخذ في هذا بما روي عن سحنون لأن الظلم في هذا لا سوية فيه ولا يلزم أحداً أن يدخل نفسه في ظلم مخافة أن يضاعف الظلم على غيره.

قلت: فظاهر هذا مخالف لما قاله الشيخان. وتقدم نظيرها في مسألة إذا دخل الحيوان على إنسان في حائطه، وإذا أخرجها فلا يخرجها إلا على غيره هل يفعل ذلك ويتسبب فيه أو يتركها حتى تخرج لنفسها أو يخرجها الظالم؟ ومرت قبل هذا، وإنما كررتها هنا لأنه محلها.

ابن حدير: في رجل ادعى على عامله أنه قبض منه مالاً على وجه الحوز، فأجابه عامله على لسان وكيله من أنه كان قابضاً له في جباية بلد كذا وأنه لم يقبض منه إلا ما جباه فأقر الخادم بأنه كان يتصرف ولا يقبض.

---

(1) سورة الشورى، الآية: 42.

فأجاب ابن حارث: بأنه إن قال وكيله عنه إنه ما قبض منه شيئاً من العدة التي ذكر لا بحوز ولا بغيره حلف على ذلك العامل، وإن أقر أنه قبل منه تلك العدة التي ذكر على الوجه الذي ذكره في أيام تحليفه فالقول قوله إن أقر له الخادم أنه قبض تلك العدة في أيام تحليفه له بأكثر منها أو قامت له بينة ولا يمين للخادم عليه، لأنه أقر بالعدة بعد أن أنكرها.

وفيه أيضاً: أن يهودياً استوجب قبالات من حسان عامل السلطان وأنه قدم له عن ذلك مائة مثقال وأراد تحليف حسان على ذلك.

فأجاب هاشم بن خزيمة: إن لخدمة السلطان في القبالات والجبايات في ما يتولونه من الرعية وغيرهم يحملون عليه غير مذهب الرعية لتصريفهم على ما استخدموه وقدموا عليه، أو ليس في طاقة العامل وصاحب النظر في جبي واجب السلطان الإشهاد على من له قبله حق. فقد قال مالك: يحمل الناس على ما جرى به الأمر عندهم في غير ما وجه من الفتيا. وعن ابن حارث: اليمين واجبة على حسان في ما يدعيه من ذلك، وقال عبد الله بن محمد بن أحمد بن الزيد: لم أر توقيفاً لحسان على ما ذكره اليهودي فالواجب على حسان الرد في ما ذكره اليهودي في ما [191 ب] زعم فذلك أضعف وأضعف. وجواب ابن حارث أليق بطريق الفتيا.

قلت: العادة عندنا اليوم أن عمال الجبايات لا يقبضون إلا بشهودهم وأن القاضي من تحتهم يؤتى ببراءات معلمة من كتابهم أو شهودهم أو قباضهم على هيئة معلومة، فمن كانت بيده براءة من ذلك فهي علامة وإلا فلا تقبل دعواه. ويبقى الأمر هل يحلف له على ذلك لأنه مدعى عليه وهو منكر أو لا يمين له عليه؟ لأن العرف جرى أنه لا يدفع إلا ببراءة على نحو ما قدمناه وهو يجري على شاهد العرف هل يقوم مقام شاهدين أو شاهد واحد؟ في المذهب نظائر مثل اختلاف الزوجين في متاع البيت والحيازة وإلى غير ذلك، وهذا في الجبايات التي هي حق. أما المكوس ونحوها فعندي أن القضاة والفقهاء لا يتعرضون إليها لأنها من باب تكميل الظلم إلا أن يكون من مظلوم فيتعرض لها

متى بان. هذا حرام والقاضي في مندوحة عن ذلك لأنه لم يجعل له النظر في ذلك إلا من باب الفتوى في تغيير المنكر كالإجبار على ذلك لأنه يؤدي إلى منكر أعظم، وبالله التوفيق.

وفيه: في الأموال التي قام بها أهل الكور عند الحكم بن عبد الرحمن فأمر بامتحان مظالم أهلها وتنفيذ ذلك في أزمة ورفعها إليه، وكتب كتاباً بعد الاستفتاح «من عبد الله الحكم ابن المستنصر بالله أمير المؤمنين أبي عبد الرحمن بن موسى. سلام عليك، فإني أحمد إليك الله الذي لا إله إلا هو، أما بعد: فاعمل على عهد أمير المؤمنين إليك في تعرف أحوال الكورة والسماع من مظالم الناس وإقامة زمام بما يرفع إليك منها على وجوهها كيف جرت ممن...[1] وغيره وعقد البينات على حسب وقوعها وتعرف الأمور كلها واستقصائها، وزمام ثان يذكر ضياع...[1] والأسباب التي بها صارت إليه وعنه وكيف صارت وما يدعيه الناس في غيرها من الضياع المتصيرة إلى الحرام من غصب أو تحامل والضياع التي صارت إليها ولا يبقين شيئاً يجب استدراكه بنظر مستأنف. وقد بعثت إليك بكتاب...[1] أراه المتظلمين فانظر فيها وافهم عن أهلها إن شاء الله، والله المستعان والسلام».

فاحتملت على ما تقدم من عهده الكريم ونظرت بما حده لي وأقمت أزمة بنظري ثم رفعتها إليه فأمر بإخراجها وتوقيف أهل العلم على ما فيها ومشاورتهم فقال جميعهم: إنهم وقفوا على ما فيها فأما الذين ادعوا أنها خرجت عنهم بأثمان يسيرة على الإكراه فتوقف المدعى عليهم على ذلك فإن أقروا لزمهم ذلك وإن أنكروا كلف المدعون إثبات ذلك، فإن أثبتوها حكم لهم بعد الإعذار وإن عجزوا عن الإثبات حلف المدعى عليهم على إنكار ما ادعاه القائمون. وأما الذين ادعوا أنهم خرجوا عن أموالهم بغير ثمن فالحكم لهم ما مر.

وكذا الذين ذكروا أن نقل المغارم ضمنهم إلى أن كتبوا بأموالهم أشرية والذين ادعوا أن أموالهم صارت إلى الإنزال فإنهم يكلفون إثبات ذلك، والذين

---

(1) نقص في الجملة بالأصلين.

ذكروا أنهم أخرجوا عن أموالهم وصارت لمن أخرجهم ورثتهم من بعدهم وكثير منها انتقلت من أيدي المُخْرَجين إلى المخْرِجين فنرى أن يكلفوا إثبات المخرجين لهم وعدة ورثتهم ثم توقف الورثة على دعواهم فإن أقروا ردوا ما بأيديهم وإن أنكروا كلف القائمون إثبات مداعاهم وإن عجزوا حلف من الورثة المالكين لأنفسهم أنهم لا يعلمون شيئاً مما ادعاه القائمون ولهم رد اليمين إن أحبوا. والذين ذكروا أنهم أجلوا عن أموالهم لثقل المغارم ثم انصرفوا حين حبست المال ورغبوا في أخذ أموالهم فتوقف من بيده ذلك فإن أقروا أسلموها إلى أربابها وإن أنكروا كلف القائمون إثبات مدعاهم وإن عجزوا حلف الذين بأيديهم الأموال ولهم رد اليمين إن أحبوا.

والذين ذكروا أنهم أخرجوا عن أموالهم وتحيلوا عليهم فيها فيوقفون على ذلك ويفعل [192 أ] فيها ما مر بعد أن يجد المدعون الأملاك التي زعموا أنهم أخرجوا عنها بالوجوه المذكورة، والمدعى عليهم ممن تليق بهم هذه الدعوى وكشفهم إن كان المبتاعون من أهل التعدي على أموال الناس، وادعى البائعون أنهم باعوا خوفاً من شر المبتاعين وسطوتهم وقدرتهم على إضرارهم إن امتنعوا من البيع.

ففي سماع يحيى بن القاسم في من كانت هذه صفته والمبتاعون من أهل القهر والتعدي على أموال الناس ويقدرون على ضرر البائعين والعقوبة إن امتنعوا من البيع فإنه يرد إلى أربابه إلا أن يأتي المبتاعون ببينة على اشتراء صحيح ممن يأمن ظلمهم وتقديمهم عليهم أو يأتوا بوجه خوف فينظر فيه، وقاله ابن حارث وابن زرب وستة غيرهما من أهل الشورى. وقال به القاسم بن خلف إلا ما روى يحيى عن القاسم فإنه لا يقول به وهو ـ أعزه الله ـ عالم بالمدعى عليهم فينظر في كل واحد منهم. فقد روي عن عمر بن عبد العزيز أنه إذا رأى موضع الظلم أخذ بالدون من البينة فإذا بلغ الناظر مبلغ الفصل يسر الله نظره، فإذا أراه صواباً أنفذه فهو أجرى.

وعن القاضي ابن السليم: أما الذين قالوا إن ثقل المغارم أخرجهم عن أموالهم، ومن قال: صارت أموالهم إلى الإنزال فالأزمة بين يدي أمير المؤمنين

تصدقهم أو تكذبهم. وأما الذين صارت أموالهم في يد ورثة المبتاعين منهم على الإكراه إن كلفوا إثبات موت المبتاعين وعدة الورثة لم يستطيعوا ذلك أبداً غير أنه إن ثبتت الأملاك لهم كلف ورثة المبتاعين للوجه الذي صارت إليهم به وهو ـ أبقاه الله ـ أدرى بسيرة عمر بن عبد العزيز فإن أحب الإغناء فهو يعلمه وإن أحب التوسط فهو يعلمه، ثم دعا له بما يقتضيه حاله.

ثم ذكره على الخمر الذي هو أمّ المعاصي قد أسقط قبالاتها فلأي شيء يجعل للكفرة بيعها من المسلمين وانتهاك المحارم بها بيّن؟

فقالوا: إن أحوالهم تقوم منها. فمنهم من يوجد في ماله أضعاف ما يؤخذ من جميعهم ومن عجز ماله عن جزيته لم يستوحش أمير المؤمنين التخفيف عنه ومن العجب العجيب أن جماعة من المسلمين يتخذون لها الخزائن ويبيعونها فلأي شيء لا تراق عليهم، أقر الله عيني بخلاصك في الآخرة كما أقر عيني بخلافتك في الدنيا، فلا والله لا تأتي الدنيا بمثلك في العلم والحكم والوقر والسلامة من الأدناس والتوقف عن الدنيا وأعمال الفكر في صالح دين الله، كل هذا بالزيادة بما يخلص عنده ويوجب رضاه.

قلت: وتقدمت مسائل من نوع هذا في كلام للداودي في مسائل المياه ونظيره عندنا اليوم ما يترك من أطراف الغابة من كرمات الجزاء[1] فإن تركه على وجه الإسقاط صار للمخزن بمنزلة الدابة إذا تركها في أرض فلاة على أن لا يعود إليها، وإن تركها لاستكثار الجزاء وكثرة الجوائح الواردة على ثمرتها من الأعراب وغيرتهم والخوف فهي كمسألة استثقال المغارم المتقدمة. ومن بعض الغرماء ما يدرك أهل الجلاء للخوف ثم تعمر بعد ذلك بقوم آخرين يتنزل قوم دورها ويأخذ قوم من سوانيها فإن كانت من أملاك العرب أو السلطان فلا شيء للراحلين عنها إلا أن يكون فيها أنقاض وتركوها غلبة فلهم قيمة ذلك مقلوعاً بعد إثباته بموجباته، ولو كانت من أملاكهم وخرجوا عنها غلبة ونزلها غيرهم فهي بمنزلة الأرض تجري فيها الأقوال المذكورة فوقه فيعمل فيها كما تقدم.

---

(1) كذا بالأصلين.

وسئل ابن رشد عما يثبت من أموال المسلمين بأيدي تجار أهل طليطلة من النصارى القادمين علينا بعينه واسمه وأنهم ما باعوا ولا وهبوا ولا خرج من أيديهم بوجه من الوجوه إلى أن غارت عليهم سرية من أهل طليطلة فأخذت هذه الأموال وذلك زمن الهدنة، هل يمنعون من أموالهم كما يستحق ذلك من المسلمين أم لا؟ [192 ب] وكيف إن ادعى أولياء هذه الأموال أن لهم أسارى بأيدي هؤلاء التجار بطليطلة في دورهم أخذوهم في الهدنة هل يكون هؤلاء التجار لمن زعم أولياؤهم إذ هم عندهم أم لا؟.

فأجاب: إن خرج تجار أهل طليطلة بعد أن غارت سريتهم على بلاد المسلمين فأخذوا الأموال وأسروا الرجال فلا عهد لهم لأنه ما كان لهم أن لا يمدوا أيديهم للمسلمين ولا يعتدوا عليهم. فالواجب ارتهانهم وما معهم من الأموال في ما أخذته السرية من الأسارى والأموال حتى يصرفوا ذلك إليهم. فإن أجابوا إلى ذلك بقيت الهدنة على ما هي عليه وإن أبوا فقد نقضوا العهد وصار تجارهم أسرى وأموالهم فيء ومن أثبت شيئاً مما هو في أيديهم أنه ماله أخذته السرية المذكورة بعد الهدنة قضي له به.

قلت: مثله ما يقع اليوم عندنا بتونس، مثل ما جرى في قصة ابن شقاوة البوني حين أخذوا مراكبه وقتلوه مع جماعة من المسلمين في هدنتهم مع أمير إفريقية وردوا بعض العمارة وزعموا أنهم غلطوا بهم حتى وقع ما وقع، وتبين كذبهم. فكل من كان ببلد الإسلام قبل هذه الفعلة منهم فأمانه قائم وكل ما أخذ بعد هذه الفعلة ممن لم يحدث طلب أماناً جديداً بل مستنداً للهدنة الأولى فهو كهذه المسألة التي ذكر ابن رشد. وظني أن هذه المسألة تقدمت وبالله التوفيق.

ابن الحاج: في رجل احتسب على نصراني في سبه النبي ﷺ، فأخذ النصراني ـ أبعده الله ـ بسبب ذلك ووضع المحتسب الحبل في عنقه وسجن وطال سجنه، ثم أخرج النصراني بالجاه وتسلط على المحتسب المذكور بجاهه حتى استصفى كثيراً من ربعه ثم من الله عليه بأن مكن من الحكم فيه. فأقام

الشهادة على أعيان الربع المذكور واستوفى موجباته عند القاضي بأمر الأمير ـ رحمه الله ـ واستحقه. ثم قام على مال النصراني بعد ذلك فأنزلت الرباع المذكورة من جهة النصراني فاستظهر بالوثيقة المذكورة وكلف بالحيازة فحاز. وقد كان حصل له حوز ذلك نحو الثمان مرات بشدة تغلب النصراني عليه وتهديدهم إياه بالضرب والقتل. فلما رأى شدة تسلطهم عليه أعطاهم اثنين وثلاثين أصلاً من زيتون زيته عنده معلومة فراراً من التهديد والخوف على نفسه وانعقد بينهم ذلك وأنزله القاضي والسلطان في ذلك وكتبوا الخطوط بأيديهما فيه. ثم استظهر المنزلون المذكورون بوثيقة بيع صاحب المواريث من النصراني المذكور مجملة يريدون أن يستوجبوا مال هذا الرجل بهذه الوثيقة المذكورة فأي الوثيقتين أعمل، المفسرة أو المجملة؟.

فأجاب: إذا كان الأمر على ما وصف من إثبات الرجل ملكه وحيازته إياه من القاضي فعقده عامل ولا يلتفت إلى العقود التي استظهر بها القائمون عليه لإجمالها وضعفها، وينبغي للأمير عضد ما حكم به القاضي ويجري العدل في ذلك لحديث: «المقسطون على منابر من نور» الحديث.

وأجاب مرة أخرى لا سبيل إلى الرجل في ماله، وينبغي لمن إليه أمر المسلمين صرف المتعدين عليه وكفّ أذاهم والوقوف بهذه.

وفيه: من اعترف خادماً ببلد وأقام عليها شهوداً ووضعت قيمتها ورحل عشرة أيام أو نحوها فمضى بعد الأجل نحو الثلاثين يوماً، فأفتيت بأنه يتلوم له ثلاثة أيام فإن لم يأت فيها حكم للمستحق على الغائب بأخذ القيمة. وقال ابن رشد: الثلاثون يوماً كثيرة ووجبت القيمة فيها للمستحق. فقلت أنا: إنما هذه بمنزلة الحكم على الغائب، ففي القرب يتلوم له وفي البعد يحكم عليه. وترجح هو وأنا على ما هو مسيرة خمسة أيام هل هو قريب أو بعيد [193 أ] قلت: إنه بعيد.

قلت: في هذا دليل على أن أجل القاضي إذا تم من غير أن يضرب تمامه أنه يحتسب به وإنما يتلوم له خاصة. وقد وقعت وترجح فيها بعض الفقهاء وهو

يجري على من فعل فعلاً لو رفع إلى الحاكم لم يفعل غيره هل يكون كأنه فعله أم لا؟ وحكم فيها القاضي في بيع ربع وقد جاوز كل الآجال بأمر كثير فأمضي البيع. وكانت مسألة بيع ربع على مفلس.

وفيه أيضاً: من أقام خمسين رجلاً شهدوا عند القاضي أن هذه الجارية التي هي بيد فلان ابنته وأنها حرة بنت حرين، فلم يقبلهم القاضي، فإنها تبقى مملوكة وله وضع قيمتها والخروج بها لإثبات حريتها وإن باع سيدها فلا بد أن يبين ما وقع وإلا فهو عيب.

قلت: أما خروجه بها بعد وضع قيمتها فقد لطخها بشهادة هذا الجمع، وأما بينة عقد البيع بمنزلة إذا ادعت الجارية الحرية فهو عيب إذا باعها سيدها ولم يبين ولا يقبل قولها في ذلك وجعل هذا الجمع العظيم لا يحصل العلم وهو خلاف ما أصل في كتاب الصوم.

ونقل عن بعض أهل الشورى أن الخمسة عشر تفيد العلم، وعن غيره عشرون، وتقدم للخمي ثلاثون وعند السيوري ما يفيد العلم مطلقاً، ولعل هذا الجمع لم يحصل العلم. وتقدمت هذه المسألة بما فيها وما وقع في العصر فيها فأغنى من إعادتها هنا.

وفيه: في من تزوج امرأة ببلد ثم طلقها وتزوجها غيره وقدم بها موضعاً آخر ثم باعها وابنتها وهما حرتان من الزوج الأول على أنهما مملوكتان فقدم وصيهما باحثاً عنها فتغيب المشتري ثم أحضر فادعى أنه باعها فاشتد عليه القاضي ابن رشد فأظهرها فاعترفت أنها حرة فوقفها، ونهض وصيها إلى البلد الأول وجاء بعقد مقتض حريتها ووصفها كما هي فنفذ بعد الإعذار لحريتها على الصفة، ورجوع المشتري على البائع بالثمن لموافقة صفتها كما في العقد وأسلمت إلى وصيها أن يوصلها إلى بلدها بعد أن ضربت سبعين سوطاً لرضاها ببيع نفسها. وكان قد ظهر لي أنها إذا وصلت بلدها أن يشهد الشهود على عينها ويبعث بالعقد ليرجع به المشتري على البائع بعد المخاطبة فيه إذ هو أقوى من عقد الصفة ولكن الحكم جرى على ما تقدم.

قلت: ظاهر هذا أن الجارية لا تطلب بالخروج مع من تستحق من بيده إلى بلد البائع وهي رواية ابن عبدوس عن ابن القاسم. قال ابن حبيب: يلزمها الذهاب معه كما لو استحقت برق. وفرق ابن كنابة بين أن تقر أو لا تقر، وهو قول جيد ينبغي أن يحمل على التفسير للقولين، انظرها في سماع ابن القاسم من الجهاد والاستحقاق.

وحكى ابن الحاج أيضاً في من تواطأ هو وصبي حر على بيع الصبي فباعه ثم ثبت أنه حر ولم يكن عند البائع مدفع فإنه يضرب البائع مائة سوط ويضرب الصبي اثنتا عشرة درة.

قلت: وسئل المازري عمن اشترى اللحم من المجزرة لمن ابتلي بالعيال والأطفال وغير ذلك مع غلبة الحرام والمغصوب على أصحاب المواشي ومن كان منهم غير غاصب لم يستنكف عن مبايعة الغاصب ويخالطه في ما بيده من الماشية المغصوبة أيضاً أخف. وأحسن شراء اللحم الجزاف أو الشراء من فقراء الجزارين أو من الشاة التي فات أكثرها بالبيع والتقطيع.

فأجاب: إذا كان ما يبيعه الجزارون وغيرهم عين المغصوب فلا خلاف أنه لا يسوغ الشراء منهم، وسواء فات أكثر المغصوب أو لم يفت لأن صاحب المال لو ورد عليه ولم يبق إلا أقلة لكان له أخذ عينه بغير خلاف، وإنما ينظر هنا في أقل أو أكثر أو في حكم الفوات إذا طلبوا إغرام القيمة وإنما منعه من أخذ ما وجد من عين ماله [193 ب] فلا خلاف في عدم منعه قليلاً كان أو كثيراً، وإذا لم يمنع من أخذه فلا يجوز شراؤه. وإن لم يكن عين المغصوب ولكنه يشتري من يد مستغرق الذمة ممن لا يملك عليه عين ما في يديه وإنما يملك مقداره أو يستحق عليه أضعاف ذلك. فهذا نوع آخر وفيه اختلاف مشهور، هل تجوز معاملة مستغرق الذمة أم لا؟ ولا فرق بين هذا وبين الأول إلا ما قدمته فالأول بأنه عين شيئه والثاني فيه خلاف. فمن منع المعاملة رآه كالمحجور عليه لحق المساكين بمنعه من البيع لأنه لا يتصرف إلا ذو الملك وهذا لا يملك. ووجه الثاني أنه لا يستحق عليه عما في يده إلا قيمته فإذا أعطاه قيمته فلا ضرر على

الفقراء، ولهذا فرق بعض المتأخرين أن يؤخذ من يده ما يظهر كالرباع ويعطي ما يخفى كالدنانير أو العكس، فيضر المساكين أخذ الظاهر وينفعهم العكس. وكذلك يجري بيعهم بما فيه محاباة لأنه لا يقابل المحاباة شيء، فعلى هذا يجري شراء اللحم. وكذا ينظر في هذا الحيوان هل هو ولد عين المغصوب أو ولد ولده فيرد مع المغصوب من الأمهات على المعروف من المذهب. وقول السيوري مشهور والكشف فيه في المسألة المشهورة.

قلت: فإذا اشترى مما لم يتعين من اللحم وأخرج قيمته للفقراء فقد احتاط لأنه يفعل ما يفعله الإمام العدل.

قلت: تقدم معنى هذه المسألة من كلام الداودي.

وسئل اللخمي عمن اشترى اللحم من الجزار الفقير، إذا اشترى الجزار المذكور من العرب. وفي جواز شراء المربية من الغني والفقير وقلتم إن شراءها من الفقير أحسن وقد صارت العرب وغيرهم من البربر يأتون بالغنم فاشترى أكثرها منهم رجل هو يتجر للسلطان وربما اشترى منهم أيضاً جند السلطان وعبيده ويبيعون ذلك ـ أعني تاجر السلطان وعبيده ـ من الجزارين مرابحة لأن الجزار الفقير وغيره أيضاً من الأغنياء ربما لا يقدر أن يشتري من العرب غنماً بحضور تاجر السلطان، فهل يكون شراء هذا الفقير من الجزارين من هؤلاء الذين وصفنا لكم مثل شرائه من العرب ويجوز الشراء منه كما ذكرت؟ وما وصف هذا الفقير الذي يشتريه منه؟ هل هو من لا يملك ديناراً ولا درهماً ولا ربعاً إلا داراً؟ وهل يكون فقيراً من لا يملك من الذهب إلا ما تجب فيه الزكاة؟.

الجواب: لا ينبغي لمن فيه خير أن يقرب ما كثر خبثه وصار إلى هذه الخسة.

قلت: تقدم من كلام أبي عمران أنه إذا غلب على السوق الحرام أن لا يشتري ذلك منه، وأخذ ذلك من مسألة كتاب الرضاع. وما نقل الشعبي عن ابن وضاح أن كل ما دخل السوق اشتُري ولا يُسأل. فمعناه عندي ما لم يغلب

الحرام أو اشتهر من جلب بخبث المكسب كحال أعراب إفريقية عندنا، فإنهم مشهورون بخبث المكسب. فالوَرِع لا يشتري مما يجلبه هؤلاء شيئاً من حيوانهم، بخلاف ما يجلبونه من الأطعمة مثل الثمر أو نحوه ولم يشتهر غصبهم له فهو أخف من مكاسب الحيوان وهو بمنزلة ما يشترى من سلع الحلال بالمال الحرام وتقدم ما فيه.

وتقدم جواب اللخمي في القاضي بقفصة الجائر وأنه رجل سوء وحكمه في ماله حكم مستغرق الذمة فيؤخذ جميع ماله حتى يعود فقيراً كما كان قبل توليه القضاء ويتحاص فيه جميع غرمائه، فكل من أثبت سبب أخذه ماله أو أباحه للسلطان وادعى ما الغالب أن لا يتحري منه إلا[1] بذلك ودخل مع غرمائه والحكم فيه أشد العقوبة ويخلد في السجن ويخرج من وقت إلى وقت ويضرب.

وعن أصبغ في من كان معروفاً بالشر أو السرقة أنه يسجن أبداً وهو [194 أ] الصواب. وذكر قصة سحنون مع ابن أبي الجواد وضربه وإعادته إلى السجن وكانت عنده أموال الأيتام وادعى هلاكها فلم يزل يضربه من وقت إلى وقت حتى مات في السجن، وقوله وهو تحت القهر والسجن إنه تائب فغير مقبول، ومن كانت عنده له وديعة فلا يجوز ردها إليه لأنه لا شيء له فيها وعليه إخراجها ليدخل فيها غرماؤه.

وأما أحكامه فإن كان يُعْلَم أنه يبطل الحق ويحق الباطل فأحكامه على الرد إلا ما ثبت أنه عمل فيه الحق. وأما الكتب فما ثبت منها أنه حبس أو وقف حبس مما كان له بيع لغرمائه ولا يشهد على أحكامه لأنها باطل. ومن كانت عنده شهادة ودعاه من له الشهادة إلى أدائها فليؤدها فإن عمل بها عمل بحق وإن امتنع أو أفسدها أو حرفها كان الإثم عليه ولا وزر على الشاهد من ذلك. وما علم من أحكامه أنه بني على حق للمحكوم له شهد فيه وإن كان قد ظلم في ذلك المحكوم له من أنه لم يحكم له حتى أرشاه وشبه ذلك.

---

(1) كذا بالأصلين.

وسئل ابن البراء في بئر نصب عليها لاصطياد حيوان وأخفى النصب بحيث لا يظهر البئر فوقع رأس من البقر فيها وحصل له من الألم ما أدى إلى هلاكه والبئر ليست بملك للناصب وهي في موضع طريق إيراد الماشية والتزم إتيان البئر ليرد عنها الماشية فلم يفعل.

فأجاب: جعل الناصب الذي هلك الحيوان بسببه يضمن فإن فات مما وقع في البئر جل منافعه أخذه وضمن قيمته، وإن لم تذهب جل المنافع لزمه قيمة العيب الحادث.

قلت: إجراء النصب على هذه البئر على مسألة إذا حفر حيث لا يجوز الحفر. وأصلها في الحج الثالث وآخر الديات فانظرها هناك.

وسئل ابن مشكان عمن حفر مطمراً قريباً من باب المسجد وخزنها شعيراً فاحتاج إلى فتحة ففتحه حتى يبرد على العادة فجاء إنسان من أهل المنزل في السحر للصلاة فسقط وسقط معه رجلان آخران فمات الذي جاء للصلاة فما حكمه؟ هل عليه دية أو على العاقلة؟ وما هي العاقلة؟.

فأجاب: إذا ثبت أن فاتح المطمر تعدى بفتحة وتركها مفتوحة حيث لا يجوز له فتجب بذلك الفعل الدية وتكون على العاقلة ثم فسرها، ويأتي حكمها إن شاء الله تعالى.

قلت: تعديه إما أنه حفرها حيث لا يجوز له، أو فتحها في غير وقت معتاد أو معتاد ولكنه لم يقدم لأهل المسجد أنه فتحها، وحكى أن الدية على العاقلة وفيها قولان من كتاب الحج والديات. يأتي ذلك إن شاء الله.

وسئل أبو محمد عن العامل إذا رمى على قوم دنانير وهم أهل قرية واحدة فقال لهم: إيتوني بكذا أو كذا ديناراً ولم يوزعها، هل لهم سعة في توزيعها بينهم وهم لا يجدون من ذلك بداً؟ وهل يوزعونها على قدر الأموال أو عدد الرؤوس؟ وهل لمن الهروب حينئذ ويرجع بعد ذلك سعة ويعلم أن حمله يرجع على غيره؟ وهل له سؤال العامل في تركه أم لا؟ وهل يقولون للعامل اجعل لنا من قبلك من يوزعها؟ وإن فعلوا خافوا أيضاً أن يطلبهم؟ وهل ترى الشراء من

هؤلاء بشيء يبيعونه من أجل ما رمي عليهم أو يتسلفونه وهم ليس عليهم أعوان إلا أنهم إن أبطلوا أتتهم الأعوان؟.

فقال: إن أجمعوا على توزيعه برضى منهم وليس فيهم طفل ولا مولى عليه فهو جائز. فإن اختلفوا فلا يتكلف السائل عن هذا شيئاً وليؤد ما جعل عليه. وتوزيعهم إياه على ما جعله السلطان عليهم، إما على الأموال أو الرؤوس، ومن هرب منهم فأرجو أن يكون في سعة. وأما تسببه في سلامته منه أو من غيره فلا ينبغي له ذلك عندي إلا أن يسأل أن يعافى من المغرم قبل أن ينفذ فيها الأمر. وأما بيع هؤلاء لعروضهم فإن كانوا بعد أن أخذوا بذلك فلا يجوز، وقبل الأخذ بذلك فلا بأس بالشراء منهم حينئذ. وما تسلفوا من حال الضغطة فلمن أسلفهم الرجوع عليهم، وفيه اختلاف وهذا اختياري.

قلت: تقدم معنى هذه المسألة.

وقوله نقص على ما جعله [194 ب] عليه السلطان من رؤوس أو أموال هذا واضح وإن لم يتعرض لشيء، فتقدم ما لشيخنا أبي محمد الشبيبي وما فعلناه حين قفولنا من الحج وإن كان الأصل أنه على قدر الأموال لكن عارضته مفسدة أخرى وقد مرت.

وسئل أيضاً عمن استأجر أجيراً أو دابة شهراً بعينه فلما عمل البعض غصبه السلطان فبقي عنده حتى مضى الشهر أو مضى بعضه وربما استأجر غيره من بقيته هل له بحساب ما مضى أو جميع الشهر.

فأجاب: له بحساب ما مضى وتفسخ بقية الشهر وإن دفع الأجر رد ما قابل ما تعطل.

قلت: مثله إذا أبق العبد أو هرب الأجير حتى مضت المدة فله بحساب ما مضى خاصة، وقيل في هذه: ليس له شيء لأنه متعد. وأحفظ في الطرر مثله: إذا غلق السلطان الحوانيت للكراء أيام الكراء ومنعهم البيع، هل يؤدون الكراء أم لا؟ انظر في الشرح لابن رشد، وسببه هل تسلط الغصب على الرقبة أو المنفعة؟ وأما لو سجن المكتري حتى مضت المدة فلا يعذر بهذا، قاله في المدونة بخلاف إذا كان المنع عاماً.

وسئل أيضاً عمن يبيع عروضه في السوق لأجل أن السلطان رمى عليهم طلباً هل لهم مقال في البيع أم لا؟.

فقال: إن علم أن الأعوان عليهم وأنهم مضغوطون فلهم الرجوع في عروضهم بغير ثمن، وإن لم يكونوا كذلك فبيعهم جائز ولا رجوع لهم في ما بيع. وإذا كانوا مضغوطين سواء سألوهم هل البيع للضغطة أم لا؟ وإن أجابوهم بأنهم لا يبيعون للضغطة فبيعهم غير جائز وإذا لم تعرف ضغطتهم فبيعهم جائز سألوهم عن ذلك أو لم يسألوهم[1].

وسئل السيوري في الرجلين يكون عليهما خراج في ديوان السلطان ظلماً على جنات مشاعة بينهما فيترك لأحد الرجلين الخراج دون صاحبه، فهل يختص به أو يشاركه فيه شريكه؟.

فأجاب: ما ترك فهو لمن تركه.

قلت: ولا يتخرج هذا على غصب نصف مشاع لأن هذه مظلمة يمكن غرمها، فإذا أسقطت عن أحدهما فلا يدخل صاحبه فيه. نعم يدخله استحباباً عدم استبداده كما تقدم.

وسئل السيوري عمن أراد الحج وقصد طيب مكسبه يمشي به وبيده ضيعة بالميراث والشراء وقد سبق عليها غصب من بني عبيد لمن سلف له من أجداده وشهد بذلك من يوثق به وبعدالته، فهل تدخل غلته في ما ينفعه في الحج أم لا؟ وفي ضياع في بلدة أيضاً عروض مياههم إليها على رسم معلوم وطريق مفهوم ثم دخل هذه البلدة يد غالبة فأجروا مياهها على خلاف رسمها ومتى طلب إنسان منهم على أن لا يبقى إلا على الرسم القديم هلكت ضياعه وغلتها لأن من بأيديهم الأملاك جرت أحوالهم على هذه اليد الغالبة، فهل إذا نقل السائل بعض هذه الغلة وأدخلها في ما يوصله إلى الحج يكون ذلك طيباً أم لا؟.

وفي من له نعمة كثيرة وكسب من ميراث لصق بالسلطان واشتهر به فكلفه

---

(1) وردت الجملة مضطربة في أ.

النظر في ناحيته وشرفه على عماله فصارت له مكنة ويد ثم عدا عليه السلطان فباع رباعه لخلاصه فاشترى رجل منها ضيعة ثم باعها ثم أراد هذا المتحري للحج أن يستلف من ثمن غلة هذه الضيعة من مشتريها الثاني أو يشتري الغلة منه وأصل الضيعة للبائع الأول طيب وهذه الضيعة صارت لمن له ذمة واسعة، فهل يسوغ له التسلف منه أم لا؟ وفي بلد جعل بها السلطان سكة تضرب من مال واليها ليس من مال التجار، والوالي ظاهر الظلم والتعدي وانتشرت تلك السكة حتى لم يجز في البلد في جميع المعاملات إلا هي فباع هذا المتجرىء طعاماً رديئاً بهذه الدراهم، فهل يجوز [195 أ] له أن يتصرف بهذه الدراهم في ما يحصل للحج أم لا وإنما يبيع طعامه للتجارة؟.

فأجاب: أما الضيعة التي بدأت بها فما في غلتها بأس انفراد ذلك أو اختلط. وأما الذي وصفت فلا يجوز للإنسان أن يأخذ ماء غيره ممن ليس عليه طلب بما يريد صاحبه أخذه فيمنعه منه لأجل أن غيره يأخذ ماءه هو أو لأنه لو تركه قد يأخذه غيره بل لو قدر عليه وجب تسليمه لصاحبه فما مات من ذلك تحلل منه بإيصال ما أخذ لمستحقه فيعطيه قيمة ذلك، فإن كان له هو عنده مطالبه فاقصصه بماله أيضاً عنده. وأما الغلة فتطيب له إذا تحلل مما صنعه. وأما مسألة الضيعة التي تلي هذه المسألة فهي مسألة خلاف لكن الوقت وشدته أرجو أن يكون هذا تخفيفاً، والله الموفق للصواب.

قلت: كلامه في الماء إذا اختلطت أوقاته واختلفت أخذ منافعه. مثله ما نزل بالقيروان أيام خرابها بسبب العرب فإن قوماً رجعوا إليها من أهلها ونزل كل واحد منهم منزلاً وأكثر أهلها جلوا عنها حتى زعم ابن شرف[1] أنه لم تبق مدينة من مدائن الإسلام إلا وفيها طائفة منها فمن نزل منهم في ربعه فقد أخذ ربعه ومن نزل في غيره ونزل غيره في ربعه فلا يسوغ له ذلك، لكنه إن نزل غيره ربعه وأخذ هو ربع ذلك النازل فإنهم يتراجعون كما ينبغي لكن ربعها صار بمنزلة المال المجهول أربابه فحكمه للإمام وتقدم حكمه.

(1) أديب ومؤرخ قيرواني.

ومثله ما يقع اليوم أيضاً إذا أجيحت غلل الناس بالعرب واختلط الزرع أو الزيتون وقدر على استخلاص شيء منه فإنه لا يأخذه على هذا التقدير لعله يأخذ غلة غيره ويسلمه تنزيهاً عنه، والله الموفق للصواب.

وسئل اللخمي عن قاعات خراب بقفصة منها ما هو تحت سور المدينة ومنها ما هو في طريق الجامع وغيره، وفيها مرافق للناس من التطرق للجامع، ومن كونها على شافة النهر يكون فيه كناسة لواحات الجيران والشارع للأحمال إذا ازدحموا وبإزائها سوق البقل[1] وموقف الدواب. فباع هذه القاعات بعض قضاتها ممن ينسب إلى الجور وقبض الثمن ولا يدرى هل دفعه إلى السلطان أو لا، إلا أنه قال: بيعت لبناء السور وبنيت تلك القاعات دوراً ولا يعلم لها مالك معين لكنها لارتفاق المسلمين، فهل يتم بيع هذا القاضي الجائر أم لا؟.

فأجاب: أفعال هذا القاضي المعزول في ما ذكرت من بيع هذه الأماكن على النقض، وللقاضيَ المتولي الآن استئناف النظر فيها.

وسئل الأشيري عمن يقرأ القرآن ويكتب جعل نفسه واسطة بين القاضي وبين الناس في ما يأخذه من الجعائل على الأحكام بسبب كتبه الحكم وربما كتب كاتبه الكتب ويأخذ القاضي عليه الدينار والاثنين والثلاثة وأكثر، وأقام هذا الواسطة بهذه الحالة زماناً مظاهراً بذلك ويستظهر الناس بمثل هذا ويوقف بينهم وبينه، واشتهر بهذا اشتهاراً مستفيضاً من الناس ويقبض من الناس ما يعطيه للقاضي وربما أخذ هو منه لنفسه، وهل يكون القول قوله إذا ادعى أنه أوصل ذلك إلى القاضي مع يمينه أو لا إن أقر؟ وإن جحد فهل عليه اليمين لمن يدعي ذلك أم لا؟ وهل يلزم هذا الواسطة الأدب والسجن أم لا؟.

فأجاب الأشيري: إذا كان الأمر على ما وصفت فعلى فاعله الضرب الموجع مع السجن ويلزمه غرم ما أخذ لنفسه وما دفع إلى القاضي بيده، ثم إن قامت له بينة أنه دفع ذلك للقاضي رجع عليه إلا أن يشاء الدافع تركه واتباع

(1) كلمتان سقطتا من أ.

القاضي فله ذلك. وإن غرمه له الرجوع بذلك على القاضي لأن ما أخذه من الظلم ليدفعه إلى من ظُلِمَ فيه فهو في ذمته يغرمه ثم يرجع هو على الظالم إن قدر عليه، وأعوان الظلم في ما أخذوا كالظالم وإن لم [195 ب] يأخذوا لأنفسهم فهو واجب عليهم، ولمن أخذ منه أن يرجع على الظالم أو من قبض له.

وسئل اللخمي عمن اشترى بكراً من العرب يستعمله في السني والحرث وغير ذلك من أعمال الفلاحة يستعين بذلك على ضرورياته وأداء مغرم السلطان وعادته أن يتحرى عن التباعات، فهل تخرج قيمته ويتصدق بها ويطيب له أم لا؟ وكيف إن أخرج قيمته ضيق عليه في ضرورياته ومغرم السلطان هل يقدم الصدقة أم لا[1]؟.

فأجاب: إن تصدق هذا الخائف بثمن ما اشترى من العرب طاب له وجاز إمساكه وأرجو إذا لم يتصدق به وكان من الضيقة بحال ما وصفت إن تصدق به ضاق به الحال في ما يأكله، ويغرمه أن يكون في سعة لأن مثل هذا يجوز له أن يوسع عليه من الأموال التي لا يعلم لها مالك.

وسئل المازري عن مسألة بيع المضغوط.

وأحال السؤال وأجاب بأن المنصوص لمن تقدم من أصحاب مالك أن بيع المضطر لا يلزمه وأن له أن يسترد ما باع، ولم يخالف فيه إلا السيوري فأفتى بإمضاء بيع المضغوط ويرى أن فيه مصلحة وإعانة للمضطرين وإن لم يبين هذا فقد ذكرنا ما فيه وإن بيّن بعد النهي سئل عن اعتقاده حين بنى هل أن البيع غير منعقد على البائع وأن له رده لتعديه في البناء أو يعتقد أن بيعه ماض وأن البناء مانع من حقه فالأول لا شبهة له في البناء كالمتعدي وإن لم يعلم فله شبهة. ومن المتأخرين من قال إذا باع بثمن لا بخس فيه فلا كلام إذا لم يضطر ويضغط.

وسئل اللخمي عمن أخذ وثيقة لرجل فأحرقها أو خرقها وفي الوثيقة دين أو منفعة.

---

(1) كلمتان سقطتا من أ.

فقال: يلزمه ما كان في الوثيقة من دين على حسب ما أهلك من ذلك.

قلت: ذكر هذه المسألة مع نظائرها ابن محرز في كتاب الصيد. فقال: أبين من هذا في التعدي والإتلاف لو تعدى على وثيقة رجل فقطعها وأفسد ما أتلف الحق بقطعها أن يضمنه ولا يلزم عليه قبل الذي عليه الدين ولا الشهود به لأن المتلف في هذين هو الإنسان المضمون بدينه دون ما سواه من الحقوق المتعلقة به ويشبه أن يكون من الوجود الأول في من وجبت عليه مواساة غيره بطعام أو شراب أو بغيره فلم يفعل حتى مات الآخر جوعاً أو عطشاً فإنه يضمنه.

وكذا من. . .[1] ولم يستطع على خياطة جرحه بخيط وإبرة إلا من عند رجل فمنعه حتى مات يضمن ديته. وكذا لو مال حائط ولرجل من جيرانه حجر أو عود إن دفعه استمسك فإن لم يفعل ذلك ولم يمكنه منه حتى هلك فينبغي أن يضمنه. ومنه من رأى مال رجل في الهلاك أو يتناوله رجل وأراد قتله فلم يستنقذه منه حتى تلف فيضمنه.

وكذا لو رأى رجلاً أو سبعاً يتناول نفس إنسان فلم يخلصه منه حتى مات ضمن ديته. وكذا من كانت عنده شهادة بإحياء حق لرجل فلم يشهد له حتى تلف حقه أنه يضمنه. وكذا لو كانت عنده وثيقة لرجل بإثبات حق فلم يؤدها إليه متعدياً عليه وحبسها حتى افتقر أو مات ولا شيء عنده فإنه يضمنه. وأمثلة هذا تكثر، وفي ما ذكرناه كفاية.

قلت: قوله: «أبين من هذا إلى آخره» لأنه فعل متعد ونفيه المسائل ترك وهو أضعف من الفعل.

ومنه ما حكى ابن سهل في من شهد عليه شاهد بأنه قد ظهر عنده صداق أمه فإنه يشهد عليه في إظهاره والتضييق عليه بالسجن فإن طال ذلك حلفته وأطلقته إلا أن يأتي القائم بأظهر من هذا فينظر له على ما ظهر، وقاله ابن لبابة

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصلين.

وغيره، وعن ابن غالب مثله إلا أنه قال: يحبس حتى يظهر الصداق لأنه قطع بالشهادة أنه عنده فلا ينبغي أن يزول عن الحبس.

قلت: ووقعت نازلة وهو أن رجلاً رهن [196 أ] أصلاً وجوز للمرتهن رسمه المكتوب فتلف عند المرتهن. أفتى شيخنا الإمام بأنه ينظر إلى قيمة الأصل برسمه وقيمته بغير رسم فما بينهما يضمنه أو يثبت ملك الأصل. كما قال ابن رشد: إن سأل سائل غصب قمحاً وشعيراً لرجلين فخلطهما، ماذا يجب عليه لهما؟ وكيف إن أبرآه من العهدة وأرادا أخذ ذلك دون رضاه هل لهما ذلك أم لا؟ وكيف يقتسمانه إن وجب لهما أخذه إذ قد اختلف فيه ظاهر الروايات وتأويلات المتأخرين عليها. والآتي على منهاج مذهب مالك وأصحابه أنه يقضى على الغاصب بمثل مكيلة القمح والشعير يوم الحكم ويشتري لكل واحد منهما ما ناب طعامه من طعامه فما نقص فعلى الغاصب، وما زاد فله. ولا خلاف في هذا. واختلف إذا رضيا بإسقاط العد أو أخذ الطعام مخلوطاً هل ذلك لهما؟ على قولين: الأول لابن القاسم، والثاني أنه ليس لهما ذلك إلا برضاه لترتبه في ذمته بالخلط ولكل واحد منهما مثل طعامه فلا يأخذه إلا برضاه، وهو قول أشهب. على هذين القولين يجري الخلاف في كيفية قسمتهما للطعام إذا أبرآه الغاصب. وفي غير هذا من فروع المسألة تجري على قياس القول الأول وأن من حقهما إبراء الغاصب واقتسام الطعام المخلوط على قيمة القمح والشعير يوم الخلط، يريد قيمة القمح غير معيب على ما في المدونة خلافاً لسحنون. ولا وجه لمن قال: لا تحل قسمته على القيم، وأن مراد ابن القاسم بيعه وقسم الثمن لأنهما متى أسقطا العد أو كان الطعام اختلط من غير عد وإذا كان كذلك وجب قسمه على القيم. وعن سحنون يباع ويقسمان الثمن على قيمة القمح معيباً والشعير غير معيب وهو استحسان خوف الوقوع في التفاضل في النوع الواحد لأنه واجب في القياس بيعه على ملكهما. فلو حرم على صاحب القمح الأخذ أكثر من مكيله لما حل له أخذ ثمن ذلك للحديث: «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها» ويؤيده ما في كتاب الغصب من سماع عيسى: إذا وهب الغاصب لا أحب لهما قسمته، يريد الطعام على الكيل لأجل

أن الحكم يوجب القسمة على القيم فيدخله التفاضل في الصنف الواحد. ولفظة لا أحب على الوجوب. ومثله كثير في التجاوز في الألفاظ.

فإن قيل: إذا كان لكل واحد أن يغرمه طعامه فإذا تركاه ورضيا بقيمته على القيم فقد باع الواجب له بما يأخذه من الطعام المخلوط فيؤدي إلى التفاضل بين الطعامين. فجوابه: إن الحكم أوجب هذه القسمة إذا رضيا بإسقاط العد أو البيع يكون برضى المتبائعين والغاصب هذا مغلوب على أخذ المخلوط منه شاء أو أبى وما يوجب الحكم لا يعتبر فيه رضاه، إذ قد روي عن ابن القاسم في من حلف أن لا يبيع سلعة فغصبها غاصب وفوتها بما يوجب نقصاً كثيراً لا حنث عليه في أخذ عوضها.

وعن ابن حبيب: من سرق جلد أضحية قضي له على السارق بالقيمة ويتولاها ومثله كثير، فلو أراد أحدهما على هذا أخذ الطعام ويدفع لصاحب مكيلة طعامه لم يكن له ذلك، ولو رضي صاحبه لم يجز لأنهما لو رضيا أخذه وجب قسمه على القيم فإذا أعطي أحدهما مثل المكيلة فيكون التفاضل بين الطعامين، ويأتي على القول إنهما لا يأخذانه إلا برضى الغاصب أن ذلك لا يكون إلا أن يرضيا بقسمه على القيم فقد باع الطعام بالطعام متفاضلاً على هذا القول. لو أبرأ ذمته على أن يعطي أحدهما صاحبه مثل طعامه عن الغاصب قبل رضاه لم يجز لأنه يصير ابتاع المخلوط بما دفع عن صاحبه وما وجب له من المكيلة بمنزلة من باع مدي قمح بمدي طعام أحدهما أرفع والآخر أدنى. ولو أخذ أحدهما مثل طعامه من الغاصب فلا يكون لأحدهما مشاركة الغاصب في المخلوط [196 ب] بمثل طعامه الواجب عليه إلا برضاه.

وقد تكلم على المسألة التونسي وغيره في الوديعة والغصب فلم يحصلوا الروايات ولا جروا على أصل.

ابن الحاج: من بنى بالمال الحرام مسجداً فعلى أنه فيء مضى وعلى أنه يعطى لا حرج من يجده[1] فإنه ينفذ بناؤه على الوجه الثاني ويصلى فيه ويغرم المال ثانية فيتصدق به.

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصلين.

وسأله الأمير عن ميراث مسلم يظهر فيه أن ما أعطاه أمير المسلمين من العطايا تورث عنه بعد إخراج نفقة مثله وغير ذلك مما يخلفه لبيت المال، قال: واتبعني ابن رشد على ذلك.

وسئل ابن رشد عما وقع في استحقاق المدونة في العروض والطعام إذا استحقه المشتراة له وفات العروض والطعام أن فيها القيمة فهل هو خلاف أو لم يثبت في رواية فقد وقع فيه نزاع؟.

فأجاب: لا يصح في هذه جواب إذ لم يتعين المشاور إليه ولم يتبين المشاور إليه والمسؤول عنه. ابن الحاج: وعن ابن سهل قال: تجب اليمين على المستحق ولو من يد الغاصب. وعن ابن حمدين: ولا يمين على من استحق من يد غاصب بخلاف ذي الشبهة.

وفيه: ابتاع رجل كتباً من العلم فقام رجل يطلبها وأقام بينة أنها كانت له وزالت عن يده بوجه ذكره وسموا أنه ابتاعها بملك كذا، فقال المطلوب: تلفت ولم تكن هي التي أنت تدعي ولم يشهد الشهود على عين الكتب.

وجوابها: لا يتوجه الحكم لمستحق الشيء إلا بعد شهادات العدول على عينه والإعذار للمطلوب في ما شهدوا به إذ لا يحكم الحاكم إلا بعد تعين المحكوم فيه والشهادة على عينه.

وفيه: في من استحق فرساً وهو للأمير عرفه برشم كان في فخذه وقد كانت فيه بياعات متقدمة ثم ورد البائع وأثبت أنه ابتاع من الحشمي الفرس فأصلح بينهم على أن يعطيه الحشمي سبعة مثاقيل. وظهر لي أن الفتيا في ذلك متعذرة إذ لم يتبين الفرس فإصلاح الأمير فيها أولى.

قلت: أما ضعف المسألة أنه ليس هناك ما يدل على الملك إلا الرشم، وفيه خلاف مذكور في كتاب الحبس إذا وجد في فخذ فرس حبس. إلا إن تكون عادة معتادة لا تتخلف أنه حبس أو رشم بيت المال- فالأقرب في هذا أنه دليل على ما وقع في الرشم فيه، وكثيراً ما يقع في الكتاب فيه مكتوب ولم يعلم من ذلك الكتب شيئاً.

ووقع أيضاً بعض الكتب بخط مشهور لشخص أو قيمت عليه بينة فسألت شيخنا الفقيه الإمام عن ذلك.

فأجاب: إنه لا يثبت ملكاً له لاحتمال أن يكون خرج عن ملكه واستنسخ بخطه حتى يقيم البينة أنه لم يزل تحت يده حتى توفي وورثه ورثته على حسب عقود الاستحقاق.

وفيه: في من قام في ربع وأثبت أنه كان ملكاً لأبيه وأثبتت بينة تشهد بأصل الملك وأنه غاب عنه منذ أربعين سنة لعلة ذكرها وقام عليه منذ سبعة أعوام بعقد تضمن القيام وأثبت أنها لم تخرج عن ملكهم بوجه من الوجوه إلى الآن فأعذر لمن قيم عليه فوكلوا واحداً منهم عن نفسه وعنهم فقال: ما ندري ما شهد به الشهود أحق هو أو باطل؟ ثم قال: ما شهدوا به باطل، ثم قال بعد ذلك: لا اعتراض لي لمن وكلني في الأملاك المذكورة المنسوبة إلى القائمين، ثم قال وكيل المطلوبين بعد ذلك: نعذر في شهود الملك، فقال له: كيف وقد قلت قبل لا ندري شهدوا بحق أو بباطل؟ وسأل الحيازة فقال له: إنك قد وافقتني على حدود الأملاك وقال إنها بيده.

جوابها: إذا ثبت ما ذكر أنه أسقط [197 أ] الاعتراض في الأملاك المذكورة عنه وعن موكله وجب أن ينزل القائم في الأملاك المذكورة ولا يلزم القائم حيازة لموافقة خصمه على ذلك إلا أنه يوجه من ينزله في الأملاك بشاهدين ويشهدون أيضاً بتعين الشهود لما شهدوا به. وإذا ثبتت الأملاك للقائم وعجز المطلوبون عن الدفع فلما وجب إنزال القائم عليهم ذهبوا إلى منع القائم من النزول وضربوا أعوان القاضي المرة بعد المرة وشهروا السلاح وقاتلوا الأعوان وأخافوا الطالب ومن ظنوا أنه يشهد عليهم فهل هم محاربون إذا ثبت ما ذكر أم لا؟ وقد كانوا استغلوا الغلة من يوم حال زمن الخصوم فهل عليهم غرم أم لا؟.

جوابها: لا يجب على المحكوم عليهم غرم الغلة ولا أحكام المحاربين ولا يجب للقاضي أن ينزل الطالبين في ما حكم لهم ويؤدي المحكوم عليهم

لمعاندتهم الحق وامتناعهم منه بما يؤديه إليه اجتهاده. قال به جماعة من فقهاء المفتين.

وفيه: عاوض رجل أرضاً بأرض رجل فبنى أحد الرجلين في بعض الأرض التي بيده ثم استحقت الأرض الأخرى، فالمبني من الأرض فات وينظر قدره منها، فإن كان أقل من الثلث دفع بقية الأرض وقيمة الأرض المبني فيها يوم المعاوضة، وإن كان قدرها الثلث فأكثر فقد فاتت الأرض كلها وعلى قابضها قيمتها يوم المعاوضة.

قلت: جعْل الثلث هنا من الأرض كثير يوجب الخيار في باب البيع والاستحقاق ومثله في شفعتها وغيرها كالطعام في البابين.

وفيه: من قام بعقد ذكر فيه أن حائطاً هو من حقوق دار الحبس بشواهد البناء على ذلك من العقود وثبت ذلك عند قاضي الموضع ببينة بعثهم، فقام الخصم المنازع فيه وأثبت عقداً يقتضي أن الحائط على قديم الزمان لم يتصرف فيه أحد من الأيمة الساكنين دار الحبس المذكورة لا بغرز خشب ولا غيره وأنهم يعرفون أن الدار كانت من تحبيس مالك الدور التي بجوار هذه الدار وأنه كان لم يحبس هذا الحائط لأجل أنه من حقوق أملاكه التي لم يقع فيها تحبيس وتحققوا ذلك فيه وأنهم لم يزالوا يسمعون ذلك من شيوخهم وذوي أسنامهم، ولذلك لم يستنكر ظهور العقود البينان القديمة في الحائط المذكور وشهد بذلك كله من عرفه حسب نصه، إلى آخر العقد.

جوابها: لم يتحقق من شهود العقد الثاني إشهاد المحبسين إياهم على إفراده داره بغارب الحائط دون دار الحبس. ولو أشهدهم المحبس بعد التحبيس المذكور لم يجز ذلك إذ الأحباس تكون بحقوقها ومرافقها. فإذا أفرد ذلك في عقد التحبيس ويشهد به من شهد في عقد التحبيس في الأصل فهو غير مفرد له. وأما شهادة هؤلاء فلا تمضي لأنهم لا يمكنهم أن يشهدوا على التحبيس ولا على شهود التحبيس لما ثبت أنهم لا تصل أسنانهم لهذا الوقت وإن شهدوا على شهادة غير شهود التحبيس فلا تعمل لما ذكرنا أنه لا يفيده إلا أن يكون في عقد

التحبيس بشهوده وأيضاً فإن عقد الاسترعاء ما يوهنه لأن ظاهر حاله أنهم شهدوا مرة بما يقتضيه الدليل والعادة، ومرة على وجه التعيين والعيان فهي شهادة ضعيفة لا يعول عليها، والحكم بدليل البناء، وأيضاً فإن شهادتهم بالدليل فيها ضعف إذ لا تحاز حقوق الأحباس بالأدلة مع ما ثبت للحبس من دلائل أصل البيان.

وأجاب ابن الحاج: بأن الحكم لمن شهد بدليل البنيان إلا أن يدفع القائم في شهادة هؤلاء. وفي الحديث [197 ب] إن قوماً اختصموا في خط فبعث النبي ﷺ حذيفة فقضى للذين تليهم القمط فأجازه النبي ﷺ، يريد قضى لمن كان إليهم الشد والعقد. وروى ابن القاسم أنه إن كان عقود البنيان إليهما فهو بينهما يريد بعد أيمانهما أو أن العقد لأحدهما وهو منقطع من الآخر فهو للذي العقد من ناحيته ولو كان من أعلى الحائط. وإن كان لأحدهما عليه خشب ولا عقد لأحدهما فقد اختلف فيه قول ابن عبد الحكم: إذا كان لأحدهما عليه ولو خشبة واحدة ولا عقد فيه لأحدهما فهو لصاحب الخشب، وإن لم يكن فيه حمل خشب ولا عقد وفيه من جهة كوى يريد غير نافذة فهو لمن هي إليه وإن لم يكن شيء من ذلك فهو لهما. وإن كان لأحدهما العقد وللآخر حمل الخشب فهو لصاحب العقد وعليه بناؤه إن انهدم ويرد الآخر خشبه. ولو لم يكن عليه إلا خص قصب لأحدهما خاصة فهو لمن إليه القصب. وأما العقد الذي قام به الآخرون فشهادة شهوده بينة الاختلال والنقص عن الكمال فلا اعتبار بها ولا يفتى بموجب مقتضاها.

وفيه: إذا استحق حبس وقد بني فيه بوجه شبهة فلمحمد أنه يقلع نقضه.

قلت: فكيف يقلع وقد بنى بوجه شبهة؟

قال: فمن يعطيه قيمة بنائه؟

فقلت: يكونان شريكين، فأنكره.

فقال بعض من حضر: إذا كان هذا كبيع الحبس، وهو يسمع فلم ينكره ولم ير أن يعطيه مستحق الحبس قيمته قائماً.

ولغير سحنون من متأخري أصحابنا في من اشترى عرصة وبنى فيها ثم ثبت تحبيسها على معين، فيقال للمحبس عليهم: أعطوه قيمة البناء قائماً ولكم الانتفاع به إلى وقت سقوط حقكم فإن رجعت الأرض إلى محبسها طلبه ورثة المحبس عليهم بقيمة ذلك قائماً. فإن أبى كانوا شركاء معه بقدر ذلك، وإن أبى المحبس عليهم أن يعطوا قيمة البناء قائماً قيل لصاحب الأرض أعط قيمة ذلك قائماً وتكون شريكاً مع المحبس عليهم بقدره. فإن كان الباني شريكاً بقدر قيمة البناء فما قابله سكنه أو باعه وما ناب المحبس عليهم سكنوه، فإذا انقضى حقهم رجع هذا القدر للحبس. هذا على القول إن المحبس على معينين يرجع ملكاً وعلى القول يرجع مرجع الأحباس يعطي قيمته قائماً إلى الوقت الذي ينقضي فيه حق من حبس عليهم ثم يهدم كما مر.

وعلى قول سحنون: الحبس وغيره سواء فيجوز للباني أن يعطي قيمة الأرض إذا لم يعط قيمة البناء ويجعل القيمة في مثله. والأصح عندي أن يعطي قيمة ذلك قائماً لا مقلوعاً لعدم تسوره فالحبس وغيره سواء وليس بداخل تحت عموم حديث: «ليس لعرق ظالم حق» فإن أبى من إعطاء قيمته قائماً قيل للغارس: استغله طول حياة المستحق له من الحبس حتى تستوفي قيمة الغرس قائماً، فإن مات المستحق قبل ذلك قيل للداخل: أد إليه قيمة ما بقي من قيمة غرسه قائماً فإن أبى صنع كما مر.

وفي موضع آخر: إذا كان الحبس على معينين ولم يعطوا قيمة البناء للمستحق من يده، قيل له أعط قيمة الأرض وتوقف حتى تعمل في أرض مثلها على معنى قول سحنون.

قلت: في استحقاق المدونة: من بنى داره مسجداً ثم استحقها رجل فله هدمه كمن ابتاع عبداً فأعتقه ثم استحق فلربه نقض العتق. وعلله عبد الحق بأنه لو أعطاه قيمته قائماً وهو مسجد فقد خرج فلذلك كان هدمه وجعله في آخر أولى. وأيضاً فلو لم يعطه قيمته قائماً فلا يجبر الآخر على دفع الأرض بقيمتها ولا يمكن فيها اشتراكٌ هذا بقيمة البناء والآخر بقيمة الأرض، فكان هو به أولى. [198 أ]

أبو محمد: ولو لم يكن بالبلد مسجد فلينقل إلى أقرب مساجد البلدان إليه. وانظر إذا بنى المسجد بنقض الدار. وحمل سحنون المسألة على أن الباني كان غاصباً للقاعة، فأما إن كان شبهة فيقال لمستحقه: أعطه قيمة البناء قائماً.

قلت: كيف يعطيه قيمته قائماً والنقض لا يجوز بيعه؟ فذكر ما تقدم عنه في الجواب. وذكر اللخمي مثل ما تقدم في مسألة المسجد أو الحبس على معينين انظره. وتقدم أن ابن رشد أفتى بنقض الروضات التي يتستر بها أهل الفساد.

واختلف قول مالك في النقض إذا أفسد الحبس هل يصرف في حبس آخر أو يعود ملكاً لمحبسه أو ورثته؟ ويحتمل هذا في هذا النقض أو يفرق بأن النقض لم يزل صحيح الحبس وإنما ورد الفساد من استحقاق البقعة. والنقض في مسألة الروضات صار الفساد فيه من تلقاء نفسه إذ لم يصادف محلاً، مثل طاعة تضمنت معصية فيجب تركها على الأكثر. وقيل: يعوض عنها كنذر صوم يوم العيد، والله أعلم.

ابن الحاج: في امرأة قامت في ملك لأبيها كان باعه أخوها وابن أخيها وطلبت حقها في ذلك والأخذ بالشفعة في بقية ذلك.

فالذي يوجبه الحكم أن يثبت ملك أبيها للربع المذكور وأنه لم يفوته بوجه من الوجوه في علمهم إلى أن توفي وورثه ورثته، وتحدد المواضع المذكورة في العقد المذكور وتضمنه تناسخ الوراثات إلى أن خلص لها نصيبها من الربع المذكور ويصلون بشهادتهم أنهم لا يعلمون أحداً من المتوفين فوَّت حظه من ذلك بوجه من الوجوه ولا أن القائمة فوتت ذلك من حين خلص لها نصيبها من ذلك إلى تاريخ شهاداتهم إن كانوا هم شهود الملك للمتوفي المذكور، وإن كانوا سواهم لم يكلفوا ذلك، وهذا لا بد منه.

وما استظهرت به القائمة من الأملاك المذكورة لها ولسائر ورثتها موروثاً عن أبيهم لا يقوم في الحكم مقام ما ذكر إذ ليس فيه ذكر الملك للمتوفى وربما كان تحت يد الرجل ما ليس بملكه بعارية أو كراء أو يتمالى الورثة على ما ليس

بملك مورثهم. فإن لم يثبت ما ذكرنا فليس لها القيام على المشتري المذكور. وإن أثبت ما ذكر كلف الشهود حيازة الربع إلا أن تتوافق القائمة مع المشتري المذكور على حدود الربع المذكور وأنه الذي تحت يده فلا يفتقر حينئذ لطلب الشهود في تحويزه فحينئذ يجب عقل الربع والمنع من التصرف فيه ووقف غلته حتى يتم الإعذار ويؤجل فيه الآجال المعلومة عند الفقهاء، فإن أتى بما يسقط شهودها بقي الربع في يديه وإن لم يأت بما يسقطها نظر فيما قام به من معرفة البيع وعدم إنكارها إن ثبت أنها كانت حاضرة مجلس البيع من أخيها وابن أخيها فلا قيام لها بعد ذلك إلا إن تثبت هي أنها أنكرت قبل انقضاء المجلس وقالت: سكت بعد الإنكار لعلمي أنه لا يلزمني، حلفتْ وكان القول قولها وإلا فيعد سكوتها تسليماً للبيع ورضى به ترجع بحصتها من الثمن على البائعين.

وإن ثبت أنها حاضرة البلد عالمة بالبيع فإن استظهرت هي ببينة أنها لم تزل طالبة أخاها وابن أخيها بحقها في ما باعه من الربع المذكور وأيّد في تاريخ هذا العقد استمرار خصامها وكان موافقاً لتاريخ البيع أو بالقرب منه مما لا يبطل قيامها مع علمها وأعذر للمبتاع ولم يكن له مدفع إلا ما قام به من معرفة شهدائه أن المبتاع المذكور يتصرف بالبناء والغرس ولا يعلمون أحداً نازعه في ذلك ولا نازعته القائمة في ذلك فتحلف القائمة المذكورة في مقطع الحق أنها ما كان السكوت منها رضى بالبيع بعد علمها به ولا تسليمها [198 ب] للربع المذكور ويقضى للقائمة حينئذ بحقها في الأملاك المذكورة ولا ينفع المبتاع المذكور ما قام به لأنه لم ينصّ فيه على غير الرباع المتنازع فيها ولا للقائمة فيه ذكر علمها وإنما في ما قام به. بقي علم شهوده بأنها نازعته وليس في ذلك إثبات علمها لاحتمال عدم[1] علمها بتصرفه فيه لكونها امرأة مقصورة في منزلها وهي أبداً محمولة على عدم العلم بذلك حتى يثبت عليها العلم. وقد اختلف في طول السكوت بعد علمها بالبيع فقيل الشهران فأكثر، وقيل سنة في أحكام كثيرة. فإن طلبت القاضي بإنزالها في نصيبها فلا بد من معاينة تجويز الشهود ولا يجتزىء

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

بموافقة المبتاع لها على ذلك، ويكون لها بعد ثبوت ذلك وينزلها في نصيبها للشفعة في بقية الأملاك المذكورة.

وزاد المؤلف في جواب آخر: إذا لم يثبت المبتاع أكثر من علمها وهي حاضرة بالبلد فإن قامت قبل تصرم العام حلفت في مقطع الحق إنها غير راضية وطلبت حقها. ويرجع المبتاع على من دفع له الثمن إذا استحقت ذلك. وإن كان بعد انقضاء العام لم يكن لها رجوع إلا على البائعين بالثمن في نصيبها خاصة. ولو أثبت البائع علمها وسكوتها في المدة التي تبطل دعواها بها، فإن أثبتت هي خلاف ذلك وأنها لم تزل تخاصم وتنكره منذ علمت بالبيع واستمرار ذلك من خصامها وأعذر إليه فيهم فلم يكن عنده مدفع فشهودها أَعْمَل من شهوده حتى يقطع شهوده على التاريخ الذي يعرفونه تطالبه في ذلك ويكون موافقاً لتاريخ ابتياعه والتاريخ الذي أثبت هو أنها علمت بابتياعه فيه أو تصرفه في الملك المذكور فيه، والله أعلم.

وأجاب عن سؤال تركته بأن قال: وقعت على العقود الثلاثة ورأيت في حدود الدار من جهاتها الثلاثة اختلافاً بين عقدي الاسترعاء والهبة. فإن كانت الدار المذكورة في عقد الاسترعاء هي المذكورة في عقد الهبة وتعينت عند القاضي بالحيازة وتحقق ذلك، فالذي يوجب الحكم أنها موروثة عن إبراهيم بن حسن إلا أن يثبت ملك الواهبة للدار واتصال ذلك إلى وقوع هبتها لحفيدتها، فإن ثبت ذلك نظر لأقدم الملكين واتصاله فيحكم لمن هو له، وإن استويا بقيت الدار لمن هي بيده. وقد حقق النظر في عقد الهبة فرأى لها مخرجاً ولم يظهر فيه وهن. وبهذا سجل القاضي بثبوته وسجل على نفسه بالحكم به.

وأجاب مرة أخرى: ينبغي العمل بعقد الهبة وذلك بعد ثبوت ملك الدار للواهبة إلى أن وهبتها، وتحاز ويعذر إلى من يجب الإعذار إليه، والله أعلم.

وفيه: في من قام في دار أثبتها لأبيه وهي أحد الورثة فتساقطوا الحيازة[1] وأجلوا في الإخلاء لبقية الشهر برضى الجميع فأثبتت البنت التي قاموا عليها في

(1) كذا وردت الجملة بالأصلين.

هذه المدة أن أباها كان ابتاعها بمال وهبه لها فطلب القائم الإخلاء فلا يلزمها ذلك زمن الإعذار لما استظهرت به.

قلت: إن كان خرج عن الدار في حياته وحازها لها أو حازتها هي إن كانت ممن يجوز حوزها فلا خلاف في إمضائها. وإن بقي فيها حتى مات فحكى في الطرر قولين أخذهما من أول كلام ابن سهل وآخره والذي وقع به العمل الإمضاء فانظره.

وفيه: من اعترف دابة وأقام بينة أنه يملكها وتحت يده إلى أن ذكر لهم منذ عامين أنها سرقت ولا يعلمون لها نعوتاً إلى تاريخ هذا الكتاب فوجب رجوع المشتري على من اشترى منه بعد الإعذار، فأراد ترك الخصومة والرجوع، ثم البائع من المشتري أيضاً أراد الرجوع ووضع قيمتها وخرج بها إلى من اشتراها منه فأثبت هذا الأخير أنه يملك هذه [199 أ] الدابة منذ أربعة أعوام. فهل القول قوله؟ لأنه أقدم تاريخاً من الأول أم لا؟.

جوابها: عقد الأقدم أعْمَل لاحتمال قوله في الرسم إنها تحت يديه قبل العامين بيوم أو نحو ذلك إلى أن ثبت أن الدابة تحت يده أكثر من أربعة أعوام أو يطعن في شهود البائع الأول فتنتقض البياعات كلها، وإلا ثبتت كلها ووجبت للمستحق من يده آخراً ومن وضع قيمة رجع بها.

قلت: فيها من كلام الغير على وجه الاستشهاد بها في مسألة الولادة والنتاج إذا شهدت بينة أنه يملكها منذ عامين والأخرى أنه يملكها منذ عام فأقضي ببينة أبعد التاريخين إن عدلت، وإن كانت الأخرى أعدل، ولا أبالي بيد من كانت الأمة منهما إلا أن يحوزها الأقرب تاريخاً بالوطء والخدمة والادعاء لها بمحضر الآخر، فهذا يقطع دعواه واستشكل الأخذ بالأقدم لأنها خلاف ما ورد في السنة أنهم كانوا يأخذون بالأحدث فالأحدث من فعله عليه الصلاة والسلام. وكان يتقدم لنا أن الجواب: أن أبْعَد التاريخين معناه واستصحاب هذه الشهادة إلى حين القيام قد حصّلت ما حصّلت الأخرى وزادت عليها بِقِدَم الملك وقضية الأحاديث الأخرى تنسخ الأول، وبالله التوفيق.

وفيه: في من استحق دابة بموجب الاستحقاق فوضع قيمتها من هي بيده وذهب بها بعد أن ضرب الأجل له على ذلك فانقضى وتلوّم له فانقضى التلوّم فأخذ المستحق القيمة الموقوفة ثم قدم الذاهب وأراد صرف الدابة للمستحق وأخذ القيمة المقبوضة، فإن أثبت الملك للبائع منه بأنه أقدم ملكاً منه أو إنتاجاً أو نحوه بطل حق المستحق في الدابة فيبطل قبض القيمة. وإن أتى بعد أن حكم له بالقيمة ونفذ ذلك كانت للمستحق وتبقى الدابة بيد المستحق منه على ما كانت عليه. وإن لم يثبت البائع ملك الدابة بطل ملكه في الدابة وأخذ الذاهب بها ثمنه منه، إلا أنه إن جاء بعد الأجل والحكم بالقيمة للمستحق فثبت له وتبقى الدابة بيد الذاهب بها، إلا أن الناقلين لم يشهدهما القاضي على عين الدابة فهو أمر ناقض ويرجع بدابة تحت طائع القاضي، ويشهد القاضي الناقلين على أنها هي الدابة المستحقة، ويشهدان بذلك عند القاضي المكتوب إليه وتكون له الدابة مع القيمة.

وسئل المازري عمن اعترف خادماً أنها لأخيه بطرابلس فأقام بينة زكيت أنها لأخيه، وجماعة لم يعدلوا أن هذا مفاوض للأخ الغائب، وأن الخادم هربت منه. هل يستحق شيئاً من هذا أم لا؟.

فأجاب: إذا لم تثبت المفاوضة بعدول ولا وكالة من الغائب لم يمكن منها لاحتمال لو حضر الغائب لأقر بملكها لمن هي بيده، لكن لما ذكر لطخ المفاوضة فتعقل إذا كانت بينة ترجى بذلك عن قرب، فروجع بأن المستحق من يده الخادم عديم ويخاف بيعها وإهلاك ثمنها فلا يوجد له ما يرجع به عليه عند الضرورة مع أن البينة شهدت بأنها هربت منه وعلم طلبه لها فهي شهادة زائدة على مجرد الملك.

فأجاب: إذا شهدت البينة المعدلة بأنها لم تزل في ملكه حتى هربت وهي في يده وحوزه زمن الهروب في ما يؤرخون قريب بحيث يكون الظاهر عدم رجوعها إليه وبيعها فتعقل الآن ويكتب لسيدها لظهور تعديه على ملك الغائب وإن لم يكن هذا فالجواب ما ذكرت لك أو لا.

وسئل [199 ب] أبو محمد عن مسألة استحقاق الدابة إذا شهدوا أنها له ما باع ولا وهب. قال مالك: يمين غموس.

فأجاب: بأن معناه عندي أنه عالم، والجاهل يحمل على أنه أراد العلم لا البت ومعنى قوله زوراً أنه قصد الرد على العراقيين القائلين لا تقبل إلا على البت. وعن ابن الماجشون عن العراقيين أنهم حملوا البت على شهادة الزور ويذكر هذه. وإذا شهدت البينة على العلم فلا بد من الحلف على البت أنه ما باع ولا وهب كالقضاء على الميت والغائب احتياطاً عن قائم يقوم تكون له حجة بأنه باع أو وهب من باب استقصاء الحجة.

وسئل ابن رشد عن مسألة وقعت في كتاب ابن سهل وأشكلت على السائل وهي: أن رجلاً اعترف دابة فقومت بثلاثين في موضع ووضعها ثم خرج بها إلى بلد آخر ثم طلب البائع أن يخرج بها فقومت في البلد الثاني بأربعين ووضعت. ثم خرج بها إلى بلد آخر ثالث فقومت بخمسين فوضعت. ثم قدم بها فهلكت في الطريق، فقال ابن عتاب: له أرفع القيم لأن المسألة فيها ممن يأخذ المستحق الخمسين من الذي هلكت بيده أو المقوم عليه أولاً، وكيف لو كان الذي هلكت في يده عديماً والمال موضوع في بلد آخر على من جلبه؟ ولعله يهلك أو يضيع في الطريق، وكيف لو انعكست القيم في البلد الأول ستين والثاني بخمسين والثالث بأربعين فغرم الأربعين من أين يأخذ المستحق العشرين الباقية؟ وإذا خاطب الحاكم المقوم عليه أولاً فما حكم عليه به فجاء به للبلد الثاني وأخذ من بائعه الثمن ثم فعل ذلك بالبائع الثاني ووضع قيمتها وخاطب المكتوب عليه القاضي الأول بذلك هل يطلق الرهن الأول وإلا فبين لنا ذلك إذ لم يكن لنفس شقاء فيها.

فأجاب: قول ابن عتاب للمستحق أرفع القيم لأن صحيح[1] وذلك أن كل واحد ممن ذهب بالدابة لطلب حقه ضمنها بالقيمة الموضوعة إن تلفت في الذهاب والرجوع إلى موضع القيمة فلا يجوز أن يعطي القيمة الموضوعة ويأخذ

(1) كذا وردت الجملة بالأصلين.

الموضوعة له وهي أكثر، فيكون أخذ لضمانه جعلاً وهو حرام. فقوله أرفع القيم وهي الخمسون، معناه إذا تلفت بيد من وضعها قبل رجوعه للبلد الموضوعة فيه. وأما سؤالك ممن يأخذ الخمسين؟ من الذي هلكت بيده، أو المقوم عليه أو لا؟ فجوابها: إن كان المقوم عليه أولاً قضي له بالخمسين فأتى بها فأخذها منه وإن لم يُقْضَ له إلا بالثلاثين لم يؤخذ منه إلا هي، ويذهب للعشرين الباقية إلى حيث بقيت له. وإنما يقضى له بالخمسين إذا ادعى هو والمرجوع عليه أنهما وصفا فيها خمسين ولم يكن في خطاب القاضي ما يكذب دعواهما ولو سمّى في خطابه كل واحد القيمة الموضوعة لم يُقضَ له إلا بثلاثين وبيان هذه الجملة بالمثال وهي: أن زيداً استحق دابة بقرطبة من يد عمرو وابتاعها عمرو بجيان من بكر وابتاعها بكر بغرناطة من خالد وابتاعها خالد بالمَرية، فوضع عمرو لزيد قيمتها بقرطبة بثلاثين ووضع بكر لعمرو قيمتها بجيان أربعين ووضع خالد لبكر قيمتها بغرناطة خمسين وذهب بها للمرية فتلفت في ذهابها أو رجوعها. فقاضي غرناطة لا يقضي لبكر بخمسين الموضوعة لخالد إن أقر غيره أنه لم يضع فيها بجيان إلا أربعين أو ذكر له ذلك قاضي جيان في خطابه له ويقضي له بالأربعين فيها لأن العشرة الزائدة لا حق له فيها وهي لمستحق الدابة بقرطبة فتوقف له وخاطب له كذلك قاضي جيان لا يسلم لعمرو من الأربعين إلا بثلاثين الموقوفة [200 أ] له. وتبقى العشرة موقوفة لمستحقها ويخاطب بذلك لقاضي قرطبة فيسلم لمستحق الدابة ثلاثين التي وضعها عمرو للمستحق من بيده الدابة ويقول له: لك عشرة بجيان، وعشرة بغرناطة، اذهب إليهما إن شئت. فتسوى الخمسين أرفع القيم على ما قال ابن عتاب.

فلو تلفت بيد واضع الأربعين بعد ردها وأخذ الخمسين صاحبها لأخذ واضع الثلاثين بقرطبة عدده الموضوع من الأربعين الموضوعة بجيان فتبقى عشرة موقوفة للمستحق فيأخذ الثلاثين التي بقرطبة وبطلت العشرة بجيان.

فلو تلفت بيد واضع الثلاثين بعد أن ردّها واضع الأربعين وأخذها أخذ المستحق الثلاثين خاصة لا غيرهما، ولو رجعت بحالها لأخذها مستحقها وقبض الثلاثين واضعها. فهذا بيان ما سألت عمن يأخذ.

وأما قولك: لو كان الذي هلكت بيده عديماً لا يحتاج إليه لأن الخمسين المحتاج إليها قد وضعها فلا اعتبار بعُدْمه. وأما قولك: لو كانت القيم على العكس إلى آخره، فجوابه: إن هذا القَسْم لا يصح لأنها إذا قومت بستين وفي البلد الثالث بأربعين فمن حق واضع الستين وكذا الثاني إلا ما تسوى ذلك الوقت في ذلك البلد. فإن قومت على الثاني بخمسين وعلى الثالث بأربعين حسبما ذكرت لم يلزم واحداً منهما إلا ما قومت به، فلا يلزم الذي قومت عليه بأربعين إلا هي وغرم الذي قومت عليه بخمسين تمامها والذي قومت عليه بالستين تمامها وهي عشرة أيضاً، ومن حق مستحق الدابة أن لا يطلق القيمة الموضوعة له حتى ترد إليه الدابة ولا يكون للمستحق منه حتى ترد الدابة، ولا يصح له الحكم بذلك.

ولو كتب القاضي بأن الذي رجع عليه قد وضع له قيمة الدابة عنده لما على المستحق من الضرر في الشخوص إلى بلد آخر ولعله على عشرة أيام أو عشرين عن الدابة أو عن القيمة الموضوعة فيها إن لم يردها الذي ذهب بالدابة. فالذي وضعت له القيمة أحق بالانتظار حتى ترجع الدابة فيردها، أو لا ترجع في ما أخذ القيمة عوضاً عن القيمة الموضوعة للمستحق.

وكان القياس أن يقال للثاني: إن أردتَ أخذ الدابة فاذهبْ لبلد المستحق فضع بيده القيمة كما فعل الأول ويأخذ الأول رهنه. ولعمري إن هذا مما ينبغي للحاكم النظر فيه، فإن كان بلد المستحق بعيداً أو البلد الذي يريد الذهاب إليه قريباً مُكّن من وضع القيمة وذهب بها، ولو كان على العكس لم يمكن من ذلك وطلب منه أن يضع القيمة بيد المستحق في موضعه، ويعطي لهذا رهنه ولا يحبس فيدخل عليه الضرر الشديد، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار» وهذه مسألة جيدة دقيقة قلّ مَن يعرفها أو يبحث عن معرفتها، ولم يسألني عنها غيرك.

ابن حمدين: في من ذكر أنه أبق له غلام ببغل كان له وأنه وجد البغل يباعُ في السوق وأقام بينة مقبولة أنهم يعرفون البغل مملوكاً له ولا يعرفون أنه خرج

من ملكه إلى أن ذكر لهم أن عبده أبق منذ شهرين له، ولم يقف سائرهم على المدة التي أبق فيها بالبغل. وقال بعضهم: إن البغل كان في ملكه منذ عامين إلى أن ذكر لهم إباق الغلام به ولم يقفوا على هذه الإباقة فأوقف الذي بيده البغل فسلم الإعذار ولا مدفع له إلا القيام على [200 ب] من باع له. وحضر البائع فأقر بالبيع وقبض الثمن وادعى المدفع في البينة وأجل في ذلك. فأتى ببينة مقبولة هي أعدل من الأولى شهدوا أنهم يعرفون البغل الذي شهدوا على عينه ملكاً لبائع البغل من الذي استحق من يده نحو العامين لا يعلمون ملكه زال عنه إلى أن باعه منذ خمسة عشر يوماً.

فأجاب ابن خزيمة: الذي أراه وقاله أهل العلم: القضاء بالبغل بشهادة أعدل البينتين فإن تكافأتا في العدالة كانا كمن لا بينة لهما. وأجاب ابن حارث: إن لم تقم للمستحق بينة تشهد له على ملك يكون تاريخه قبل تاريخ الملك الذي أثبت البائع للمستحق منه وإلا فالبينة بينة البائع عند التكافىء، فأحرى أنك ذكرت أنها أعدل، وينبغي أن يعذر للقائم في بينة البائع وفي ما شهدوا به، فإن أتى بمدفع أقر وإلا عجّزته وأثبت بيع البائع للبغل بعد استحلافه القائم في مقطع الحق: ما يعرف للقائم فيه حقاً، ولم يزل عن ملكه بوجه من الوجوه إلى أن باعه من هذا الذي هو في يده. ورأيه بينة المستحق قطعت بملك عامين وبينة البائع لم تقطع بالعامين والشهادة القاطعة أولى، فإن لم يكن عند البائع مدفع حلف المستحق بما يلزمه الحلف به وسلم له البغل.

وفي غير الأصل في المدونة وغيرها: في الأمة تداعيا فيها وليست بيد واحد منهما، أقام أحدهما البينة أنها له لا يعلمون أنها خرجت عن ملكه، وأقام الآخر بينة أنها أمته وأنها ولدت عنده، قُضي ببينة الولادة. قال غيره: وإن كانت الأخرى أعدل وليس من التهاتر لأنها زادت قدم الملك.

ثم ذكر مسألة النتاج ومسألة العام والعامين، ولو كانت في يديهما عند انتفاء المرجح حلفاً وقسمت بينهما. ولو أقام أحدهما بينة أنها نتجت عنده وأقام الآخر بينة أنه اشتراها من المغانم وهي بيد الأول، فالقول قول بينة شراء المغانم إلا أن يدفع الآخر الثمن الذي اشتراها به، قاله ابن القاسم في المجموعة.

وأفتى ابن أيوب بمثل فتوى ابن خزيمة وزاد: ولا يمين على بائع البغل إلا أن يدعو القائم فيه إلى يمينه فينظر: فإن أوجب النظر استحلافه حلف وإلا فلا. وإنما يقضى باليمين في هذا على القائم لو قضي له بالبغل فتكون عليه اليمين بغير خلاف.

وفيه: في من قام في بغلة أنها سُرقت له في غزاة الأمير إلى بلد كذا وشهد بعضهم أنها سرقت له قبل الغزاة بثمانية أيام وأثبت من هي بيده أنه يملكها قبل الغزاة بعام.

فأجاب ابن زرب: إن شهادة الأولين متناقضة وشهادة من شهد لخصمه تامة.

وأجاب ابن حارث بأن شهادة الأولين ليست متناقضة بوجهين: أحدهما قرب اتصال ثمانية أيام بالغزاة لكان الجميع في الغزاة، والثاني أن شهادة الثمانية الأيام قبل الغزاة هي متصلة بشهادتهما بملكها في الغزاة فلا تناقض، وإنما اختلفت شهادتهم من وجه آخر وهو خلاؤها من تحقيق تاريخ الملك، وذكر شهود خصمه التاريخ. وأرى أن يُسأل الشهود عن تحقيق التاريخ فإن أثبتوه قبل تاريخ شهود الخصم فشهادتهم أحق لقدم التاريخ. وإن لم يحققوا تاريخاً فمن حقق التاريخ أحق فيحكم بها.

وفيه: مسألة وقعت بين ابن معاذ قاضي جيَّان وبين أبي علي حسن بن محمد قاضي باغة وهو إذا ثبت الاستحقاق في دابة أو غيرها من الحيوان في بلد، فرأى ابن معاذ أنه لا يحكم بدفعها للمستحق من يده ليرجع على من باع منه في غير البلد لكن يحكم له بإثبات استحقاقها وبصفتها ليرجع على من اشترى منه بذلك ويخاطب له قاضي ذلك الموضع بما ثبت عنده. وأما أبو علي فيرى وجوب [201 أ] وضع القيمة وتمكينه من المستحق ويطبع في عنقه وخروجه بها وتضمينه إياها في خروجه ورجوعه.

وأجاب قاضي جيان على هذا وشنّع عليه، وأن هذا لم يثبت إلا في مسألتي تضمين الصنّاع منها واللقطة، إلا على رأي ضعيف، إذ لم يثبت أهل

البينة حاضرة في بلد الاستحقاق أو غيرها إلا دليلاً ضعيفاً، واحتج بما رُوي عن ابن الماجشون وغيره، واحتج الآخر بظاهر ما وقع في المدونة في الموضعين وما في سماع أبي الحسن وغيره من الأمهات من وضع القيمة والخروج بها والطبع في عنقها وأنه من أمر الناس وكثرة الاحتجاج فيها والمراجعة على ما وقع في الأمهات وتأويلها. وتنافر الفريقان فيها حتى كتب أبو علي القائل بالطبع والخروج بها ووضع قيمتها وأن الصفة لا تجزي لجواز اتفاق الصفات وأنها ليست بتلك المستحقة إلى قرطبة.

وذكر مذهبه ومن خالف فيها فخاطب ابن حمدين فيها بأن الشأن الذي تنصره الأمهات ودرج عليه السلف وتبعهم الخلف ولا يلتفت إلى خلافه ممن سبق، فكيف بمن كان في العصر، فإنه يطبع على عتق ما استحق من الحيوانات المتملكات ووضع القيمة في جميع ذلك لمن يستحق شيئاً منه إذا أراد طلب حقه وهو قول مالك وأصحابه.

وعن ابن القاسم قلنا لمالك: ولم يطبع في أعناقهم، فقال: لم يزل ذلك من الأمر القديم ولا أعلم في الطبع ووضع القيمة خلافاً للأشياء.

روي عن أصبغ في الرائعة يكتب بصفتها، والصواب أنها كسلعة من السلع إلا أن يكون السفر بعيداً كالشهر ونحوه فالصفة فيه تجزىء أو يكون المستحق حرّاً فتجزي صفته. وهو كالإجماع إلا ما روي عن ابن كنانة في الحرة إذا كانت غادة، قاله ابن حبيب في الحر أيضاً وفرق بينه وبين الحرة لحديث: «لا تسافر امرأة مع غير ذي محرم منها أكثر من يوم وليلة» وروي ثلاثة أيام ولا يلتفت إلى خلاف من خالف الناس ومن خاطب بذلك فلا يقرأ له كتب وليحذر من خالف الجمهور أن تزل قدمه ويحضر صرعه وشدد الإلحاح عليه.

وأجاب ابن زرب: لا سبيل إلى بائع الرمكة حتى يثبت عندك أمر الرمكة المحكوم بها مطبوعاً على عنقها، فإذا ثبت أعيدت عليه بالثمن الذي قبضه من المشتري، ولو وضع قيمتها وذهب بها حيث يذكر أنه اشتراها، وهو منصوص في المدونة وغيرها من الدواوين ولا أعلم خلافاً فيه بين متقدمي أصحابنا.

وسئل مالك: لم قلت يطبع في أعناقهم؟ فقال: لم يزل ذلك من أمر الناس، يريد من عمل الصحابة والتابعين، ولا تلتفت إلى غير ما مضى عليه السلف المعتدّ بهم من أيمة هذا الدين فهم النجاة ومخالفتهم هلاك في الدين والدنيا. قال تعالى: ﴿لَّا يَأْتِيهِ ٱلْبَٰطِلُ مِنۢ بَيْنِ يَدَيْهِ﴾[1] الآية، وقال تعالى: ﴿وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾[2] الآية، وقال تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَٰفِرُونَ﴾[3] و ﴿ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[4] و ﴿ٱلْفَٰسِقُونَ﴾[5]. وقال تعالى: ﴿وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾[6] الآية. وإذا ورد عليك حكم فإن علمته يقيناً فاحكم وإن أشكل فتوقف حتى تسأل، وقلّد أعلم من تعرفه.

وأجاب: أبو إبراهيم إسحق بن إبراهيم بقوله: قال مالك بثبوت الصفات والنعوت كإحضار العين، والحكم عنده واجب بها كوجوبه بإحضار العين لكنه أباح للمستحق من يده إذا أراد الرجوع على البائع منه أن يمكن من العبد بعد دفع القيمة قريباً كان أو بعيداً ولا يأبى المستحق من ذلك، لكن إحضار العين أبدع وأصح فلهذا وسع لهم مالك. ومن قول أصبغ في الجارية الرائعة لا تخرج ويكتب له صفتها ونعتها وكذلك [201 أ] الذي يطلب فيه رأس ماله بعيداً كالشهر ونحوه لا يمكن للضرر الداخل فيه على المستحق، والعبد ويكتب له بصفته ونعته. وظاهر قول أبي إبراهيم أن الذهاب بالدابة إنما هو من حق المستحق من يده إن طلب ذلك وإن أحب الاقتصار على المخاطبة بالصفة دون العين فله ذلك، وهو حسن من القول، وفيه حياطة على الطالب ولعله يعجز عن دفع القيمة أو كفيل أو رهن. وربما جرى على الدابة ما يوجب غرم قيمتها مع منع مستحقها من التصرف فيها واحتباس ماله عنده، انظرها في مسائله. وهل الطابع

---

(1) سورة فصلت، الآية: 42.

(2) سورة النساء، الآية: 115.

(3) سورة المائدة، الآية: 44.

(4) سورة المائدة، الآية: 45.

(5) سورة المائدة، الآية: 47.

(6) سورة النساء، الآية: 14.

اليوم كتب القاضي ثبوت الاستحقاق والحكم به وبصفة الدابة في رسم الاستحقاق مع ذهابه بها إلى ذلك الموضع؟ والطابع يعمل شراكاً في عنقها ويطبعه بخاتم القاضي أو برشم عنده معلوم له. وعن القابسي: إذا وضعت القيمة في اغتراق الدابة فهلكت هي والدابة فعلى صاحب القيمة خلفها. وعن ابن شبلون ضمانها ممن كانت له.

قلت: انظرها مع مسألة ما أوقف للغرماء في التفليس وما وضع موقوفاً للخصومة فيه فمات في الإيقاف، وقد تقدم في البيع: إذا بيع الملك الممنوع عن صاحبه هل تفيته حوالة الأسواق؟ حكاه ابن رشد عن رواية ابن حبيب عن مالك أو لا تفيته؟ وهو مذهب أحمد بن خالد.

وسئل المارزي عمن اشترى عرصة وبنى فيها ثم استحقها رجل والبائع غائب وأراد أن يلزم المشتري البيع فماذا يلزم الغائب هل الرجوع عليه بقيمة العرصة من قيمة البناء قائماً أو الثمن الذي قبض؟.

فأجاب: إذا ثبت استحقاق القاعة فيخيّر المشتري بين الرجوع بما ينوب ثمن القاعة على من باع منه يوم البيع أو يرد جملة الدار والقاضي ينوب عن الغائب في ما يلزمه من أداء ثمن أو قيمة، ويباع عليه هذا الربع إن لم يكن له ما يعدى فيه غيره ويدفع له ثمن النقض قائماً ويوقف له الفضل ويتبع بالنقض.

قلت: أصل هذه المسألة في آخر كتاب الغصب إلا أنه خيّر المستحق ابتداء قبل المشتري لكنه في ما بينه وبين المستحق، وأما بينه وبين من باع منه فهو هذا السؤال وجوابه ويؤخذ من هذه المسألة المشار إليها، انظرها فيه. ويريد أيضاً أن الغاصب كان بعيد الغيبة لأنه من استحقاق الربع وتقدم أقسام الغيبة من كلام ابن رشد، وأن الخوف يصيّر القريب بعيداً، ولابن سهل فيها كلام انظره.

وتقدمت مسألة: إذا اقتسمت الورثة الربع واستغلوا زماناً ثم قام أحدهم بعقد يتضمن استحقاق بعض الربع وزعم أنه كما عثر عليه، فإنه يحلف على ذلك لكون الاستحقاق نقضاً للقسمة إلا أن يكون ديناً بحيث لا يأتيهم على

ذلك. وأما حلفه فإنه لم يرض بسقوط حقه منذ عثر على الكتب فلا بد منه إلا أن يأتي من طول الزمان ما يستراب منه في رضائه بعدم القيام أو قرائن تقتضي ذلك فينظر فيه إذا ثبت. وإن أصل هذه المسألة في كتاب المديان والتفليس من ابن يونس عن مطرف في من قسم مع الورثة وله دين يعرفه أنه لا قيام له فانظره.

وسئل أبو علي عمر بن علوان عمن اشترى جنة بخمسمائة دينار وتصدق عليه بثمنها ثم استحق الثمن المذكور، فقال المتصدق عليه: لا تساوي الجنة إلا ثلاثمائة وما اشتريته بهذا الثمن إلا لأجل أنه تصدق به عليّ وإنما أؤدي بعد استحقاقها قيمتها لا الثمن المستحق، فما الجواب فيها؟.

فأجاب: إذا ثبت استحقاق الجنة خيّر المستحق بين رد البيع ويأخذ الجنة لآخر الثمن لأن الصدقة به مبنية على البيع، فإذا بطل بطلت لكون البيع والصدقة آلَ أمرهما أنه من غير أهله وإن شاء المستحق أجاز البيع وطلب من [202 أ] البائع الثمن إن كان قبضه أولاً من مشتريه وإن لم يقبضه طالب المشتري بجميع الثمن ويجب دفعه في الفور، ثم إن أثبت ما ادعاه من الغبن ففيه نظر آخر. انتهى جوابه. ابن عبد النور: قال الناظر: هذا غير مطابق للسؤال عن استحقاق الثمن خاصة.

فأجابه عن استحقاق المثمون وقد مضى على عدم استحقاقه، وكان الصواب أن يقول: إذا استحق الثمن من يد البائع فالبيع تام ويأتي المشتري بمثله وقاله في المدونة ثم يتصدق به عليه ويتم العقد ولا يكون فيه يمين ثم ينظر هل يصح البيع بهذا الشرط أم لا؟ وعلى الأول إذا وافقه البائع عليه هل يقال إنما قصد تمليك الثمن ولا حقيقة للعقد فلا وجود للغبن إذ حقيقة البيع موجودة فينظر حينئذ في اعتبار الغبن والخلاف عن مالك فيه مشهور، والعمل على ما يقتضيه الاجتهاد.

وقد اتضح مما تقدم مطالبة المشتري بالثمن المذكور وعلى تقدير توجه الغبن والمطالبة فقيل: يردّ البيع ما لم يفت على الخلاف فيه، وقيل: يوفّى

المبتاع تمام القيمة يوم البيع ولا يرد، وقيل: يمضي بقدر الثمن منه يوم البيع ويرد الباقي. حكاه ابن رشد، وكلها لابن القاسم وسحنون وفيها نظائر.

قلت: الحكم على الشيء فرع تصوره، وتصور هذه المسألة مشكل لأن قوله: وتصدق عليه بثمنها إما مبنياً للفاعل فيكون البائع هو المتصدق أو مبنياً للمفعول فيكون الأجنبي هو المتصدق بالثمن. فإن كان الأول فإما أن يكون شرطاً في العقد أولاً والثاني عهدته على المشتري خاصة وهو المتصدق به عليه وسواء قبضه البائع أو لا إذ لا يشهد في ذلك شيء ولا غبن في ذلك فكأنه أعطاه السلعة بغير ثمن. وأما الأول: وهو أن يكون شرطاً في أصل العقد فإن كان على أن يقبضه ويغيب عليه ويرده فلا يجوز هذا البيع لأنه سلف من المشتري للبائع بمنفعة دفع الجنة له وترد الجنة للبائع إلا أن تفوت فتلزم بالأقل من القيمة أو الثمن أو بالقيمة مطلقاً على مسألة البيع والسلف، وتكون عهدة الثمن على المشتري أيضاً ولا غبن، لأن القيمة أو الأقل هو اللازم وإن تصدق به قبل القبض أو بعده قبل الغيبة عليه فما عليه عهدة أيضاً وكأنه تصدق بالجنة ويكون شرط ما لا يفيد، فلا يفيد في العقد.

وأما إن كانت صدقة الثمن من أجنبي: فإن كانت في العقد بشرط ولم يعيّن الثمن ابتداء وجب على المشتري حلفه للبائع وكانت عليه لكونه متولي الشراء ويجب على المتصدق حلفه للمشتري إذ هو حصله في عهدة الشراء كما لو قال: اشتر فرس فلان والثمن عليّ ففعل، وهي في النكاح الثاني، فيلزمه الثمن وهو الوعد إذا خرج على سبب ووقع السبب. وأما خلف الثمن فمن كتاب الوكالات: وإذا أمره بشراء سلعة ولم يدفع إليه الثمن فاشترى ذلك ثم دفع إليه الثمن فتلف قبل الدفع فيجب حلفه على المشهور فيها خلاف. وأما إن تصدق عليه بغير شرط في العقد وهو معين فلا يجب عليه حلفه وعهدته على المشتري، أو لو لم يتصدق عليه لوجب عليه دفعه ويرجع الكلام هنا في الغبن وأحكامه.

وأما لو استحق المثمون كما قال المجيب فهي في المدونة يرجع الثمن للواهب بخلاف المتصدق بالشقص المبيع في باب الشفعة وباب الجنايات وكأنما قصد العوض. والمسألتان في المدونة في الشفعة والجنايات فهذا جار

على مسائل الفقه في هذه المسألة، ولعل هذا الإشكال هو الذي أوجب للمفتي الالتفات إلى المثمون لا الثمن، والله أعلم.

وسئل: ابن أبي [202 ب] زيد عمن تصدقت بضيعة على رجل فتصدق بها على ابن له صغير وحازها ثم ردها الأب على المتصدقة أولاً والولد صغير فباعت نصفها ثم اشترى الأب النصفين معاً ودفع الثمن ثم مات فقام الصبي واستحق الصدقة بعد بلوغه لكون الأب تصدق بها وهو صغير، فهل للورثة رجوع بالثمن على المرأة والأجنبي أم لا؟.

فأجاب: للورثة الرجوع بالثمن وكان استحقاق رفع من يد الأب فلما كان له الرجوع بالثمن ورث عنه كذلك ويدخل الولد المستحق فيه.

قلت: أصله في شفعتها: من وهب شقصاً لولده الصغير على عوض جاز وفيه الشفعة ولا تجوز محاباته في قبول الثواب ولا ما وهب أو تصدق أو أعتق من مال ابنه الصغير ويرد ذلك كله إلا أن يكون الأب موسراً فيجوز ذلك على الابن ويضمن قيمته في ماله ولا يجوز في الهبة إن كان موسراً وإنما يجوز بيع الأب مال ابنه على وجه النظر والاستفتاء راجع إلى العتق خاصة، وكذلك بيّنة في القسم وحكم برد جميع ما تصدق به أو وهب أو حابى انظر تمامها فيه. وصدقة الأب في هذه المسألة لا اعتصار فيها فصارت كأنها لم تزل ملكاً للصغير ويلزم على مذهب من يجيز الاعتصار فيها أن يكون إعطاؤه هنا اعتصاراً، والله أعلم.

وسئل أبو موسى عمن بيده ضيعة يحوزها دهراً طويلاً ثم اعترف أن لرجل فيها حقاً من قبل موروث له ولغيره وأن الضيعة هي من تركته لم يلزم بإقراره قسمها والضيعة مشهورة بالميت. وكيف إن مات بعض هؤلاء هل تقسم هذه الضيعة على الأولين والآخرين أو تقسم أولاً ثم ثانياً فمن صار له شيء قسم على عدد ورثته؟.

فأجاب: إذا لم تكن له بيّنة تشهد بأصل هذا الملك وهناك بينة بحوز المقر حوزاً يوجب الملك فعلى القاضي الحكم على المقرّ له ثم يقسمها القاضي على

فريضة الأول. وما صار لكل صنف قسم إن احتمل القسم وإلا لم تحمل الضيعة القسمة أولاً كان للمقر بيع جميعها ثم يعطى نصيبه ويوقف نصيب الغُيَّب. وقال في من استهلك طعاماً مصيراً عليه قيمته إلا أن يقول رب الطعام أنا آخذ مالاً أشك أن صبرتي مثله كيلاً فله ذلك، وهي مروية.

وسئل اللخمي عن القيمة إذا وجبت في بيع فاسد واستحقاق وشبه ذلك، على مَن أجرة المقومين؟.

فأجاب: هي على البائع الآخذ للقيمة لأنه طالبٌ للثمن فعليه تقديره.

قلت: مرّ هذا الأصل قبل هذا.

وسئل عمن ورد من القيروان معه رسم بشاهد واحد أنهم يعرفون فلانة الخادم من أملاك فلان لا يعلمونه باع ولا وهب، ووُجدتْ في يد رجل فقال: اشتريتها بستين ديناراً فطلبه بحميل فلم يجد فقال: ادفع لي عشرة دنانير حتى نرجع فنأتيك بالوثيقة وذكر أنه يخاف من العربي إن طلبه بالخادم متى دفعوها في غيبته بهذا الحكم.

فأجاب: إذا استحقها هذا بالاستقلال، الحكم أخذها من يد من هي بيده ولا حجة له من خوف ظلم العربي لأن منعه من ماله ظلم ولا يمنع منه خشية أن يظلم هو مع أنه أدخل على نفسه الظلم المتوقع ولم يدخله المستحق على نفسه.

وسئل عمن اشترى داراً ثم استحقت قاعتها والبائع غائب فقوم البناء قائماً للشبهة وقومت العرصة فأبى المستحق [203 أ] أن يأخذالبناء بقيمته، وقال المشتري: إن كان يقضى لي أن أرجع بقيمة العرصة من الثمن الذي قبضه البائع أخذتها. فهل يحكم له بالرجوع على البائع بحصة العرصة من الثمن أم لا؟.

فأجاب: إذا استحقت العرصة رجع المشتري بما ينوبها من الثمن إن شاء ذلك يوم البيع وإن شاء ردّ جملة الدار لأنه عيب يشمل الدار، والقاضي ينوب على الغائب إذا لم يكن له مال يعدى فيه فيبيع الدار وينظر ما استحقه البائع من ثمن الأنقاض قائمة فيدفع للمشتري، فإن بقي عليه شيء تبعه به وإن بقي له شيء أوقفه القاضي له.

وسئل عمن هو من أهل طرابلس اعترف خادماً وأقام بينة أنهم يعلمون الخادم من أملاك أخيه بطرابلس وأقام جماعة ممن لم يعدلوا أن هذا القائم مفاوض للغائب وأنها له هربت منه، فما الحكم في ذلك[1]؟.

فأجاب: إذا لم تثبت المفاوضة ولا الوكالة فلا يستحق القائم على الخادم لجواز أن لو حضر لأقرّ بها للذي هي في يديه، لكنه لطخها بالمفاوضة، فإن كان يوجد بينة عدولاً بالقرب عقلت حتى ينظر في ذلك.

فراجعه السائل: ذكر القائم أن من اعترفت بيده عديم ويخاف منه أن يبيعها إن بقيت عنده فلا يوجد على مَن يرجع إذا ثبت الاستحقاق والبينة شهدت أنها هربت لمالكها وعُلم طلبه إياها لم يشهدوا لمجرّد الملك خاصة.

فأجاب: إن شهدت البينة المعدولون بملك الخارج للغائب أو أنها هربت فقط وهي في يديه وتحت حوزه من الهرب في ما يؤرخون قريب مما يكون الظاهر أنها لمن يقرّ إليه فباعها فتعقل حينئذ ويكاتب سيدها لظهور تعدّيه على مال الغير، وإن لم تشهد بينة بملك الغائب إياها ولا ثبت الوجه الثاني لم يمكّن الأخ من عقلها إلا بوكالته إياه أو إثبات مفاوضة لجواز إقراره لو حضر لمن هي في يديه إلا إن ثبّت الأخ منفعة قريبة كما ذكرنا في الجواب المتقدم فتعقل له. وأما عقلها الزمن الطويل على غير ما ذكر فغير جائز.

وسئل ابن أبي زيد عمن بيده دابة فقال له آخر: هي لي، من أين ملكتها؟ فقال: اشتريتها من فلان رجل متغلب من جهة السلطان لا يستطاع له. فقال: لي بينة، فقال: اذهب فأتِ بها لأرجع في ما دفعت له. فذهب الرجل ليأتي بالبينة فردّها من هي بيده للرجل المتغلب وأخذ ثمنها وأحال صاحبها على طلبه منه.

فأجاب: إن قدر الطالب على إقامة البينة وأخذ الدابة ممن هي في يده فعل، وإن لم يجد البينة بهذا ولم يمكنه فله اليمين على الذي كانت بيده الدابة[2] أن فلاناً أقاله فيها ورد عليه، ثم يطلبه إن أمكنه. وقال في مسألة: إنه

---

(1) وردت نفس المسألة سابقاً في الورقة 199 أ ص 237 مع اختلاف في صيغة العرض.
(2) جملة سقطت من أ.

ما باع ولا هب إلى آخره، هذه شهادة زور. أبو محمد: هذا في رأيي أنه عالم والجاهل شهادته بهذا جعلها على العلم، وقول مالك إنها زور قصد به الرد على العراقيين الذين يقولون لا تقبل حتى يشهد على البت، ولا تقبل منه على العلم، فقال: هذه شهادة زور، ومثله لابن الماجشون. أبو محمد: وإذا شهدت البينة على العلم فلا بد من يمين القضاء على البتّ، والعلة أنها من باب العهدة ومن القضاء على الغائب والميت خشية قائم في هذا المستحق بما يكون له حجة، فكان احتياطاً لقائم على [203 ب] أن يقوم. ولو شهدت بينة بدين فليس عليه يمين أنه ما قضاه، لأن صاحبه لم يدفع عليه القضاء، بخلاف المواضع وشبهها، وابن شبلون يجعل القيمة ممن أوقفت له وسمعته منهما جميعاً.

مسألة: إذا اشترى الدابة ممن استحقت من يده فهل يرجع على البائع بالثمن أو شراؤه يضعف حجته؟ قولان ذكرهما سحنون في أقضيته، والأولى وضع القيمة ولا يشتري بها ويأخذ الدابة ويذهب بها إلى بائعها إن شاء اشتراها بعد ذلك.

قلت: كثيراً ما يقع أن المستحق من يده يصالح عن المستحق فيدفع فيه ثمناً ويقال به، فإن كان بعد ثبوت الاستحقاق فهي المسألة المفروضة لسحنون. وقد يقع هذا قبل يمين الاستحقاق لا بد منها فلا يتوجه على البائع طلب لترك ركن من أركان الحكم وإذا بطل الركن بطل الكل، وإن قلنا إنها استحقاق للاستبراء ففي جريها على المسألة الأولى نظر، وإن صالحه قبل الثبوت فلا مقال له لأن البائع يملك المثمون وإلاّ ثبت خلافه فلا تتوجه عليه دعوى.

وفي اختصار ابن سهل: إذا شهد شهود لرجل بملك إلى أن توفي، وشهد آخرون بعدة ورثته جازت الشهادتان وصح الملك للورثة. وإذا لم يعرف القاضي من الشهود من يعرف لصاحب الحق عيناً واسماً وجب عليه أن يصرف حكم تلك النازلة عن نفسه لعل غيره يعرفهم. وإذا شهد شاهدان فلاناً ابن فلان أشهدهما ولم يذكرا أنهما عرفاه كانت شهادة تامة وتسميتهما له معرفة.

قلت: قد يكون عدم التسمية أعرف ويقال التعريف بالمشهور محبّة لذوي

الهبات، وبعضهم يخرج عنها بأن يقول والمعرفة به تامة. وتقدمت الشهادة بالمعرّف المعيّن وغير المعين بالصفة فأغنى عن إعادته.

قال: وإذا شهد شهود أنهم يعرفون فلاناً ودار كذا مسكنه سئلوا إن أمكن هل أرادوا ملكه أو أنه ساكن؟ فالأول يوجب الملك والثاني لا يقضى له بها.

قلت: وفرق بين دار سكناه ومسكنه، ولعل إضافة الأول إلى السكنى لا توجب الملك بخلاف مسكنه كأنها مضافة إليه بوجه الملكية.

قال ولو شهد شاهد أن هذه الدار مسكن فلان وشهد آخر أنها حيّزه كانت شهادة واحدة وقضي له بها.

قلت: في غصبها: إذا شهد أن هذه الدار له وآخر أنها حيزه قضي له بها لأنهما قد اجتمعا على الشهادة. ومعنى حيزه كقوله: هذا حيز فلان. قال: بعض الشيوخ معنى حيزه ملكه. قال فيها: إذا شهد أحدهما أنها لك وآخر أنه غصبها فقد اجتمعا على إيجاب ملكك لها فيقضى لك بها، ولم يجتمعا على إيجاب الغصب. وإذا شهد شهود أن دار كذا في ملك فلان لم تكن شهادة تامة حتى يقولوا: ومالاً من ماله، وقيل شهادة تامة. وشبهها في الطرر بقوله: انظر لو قالوا في ملكه خاصة هل يحكم بها أم لا؟.

فقال أبوا المطرف بن سلمة: هي شهادة تامة ولا خلاف فيها. وقال ابن عتاب: إن كان الشهود لهم نباهة وفيهم يقظة ومعرفة بالشهادة فهي شهادة عاملة. وقال ابن مالك: ليست بشهادة وقد شاهدنا الحكم بإسقاط هذه الشهادة قال ولهذا يقال في العقود إنهم يعرفونها له وفي **[204 أ]** ملكه مال من ماله، واحتج بأن الملك لفظ محتمل غير بيّن، انظره في أوائل ابن سهل.

وفيه: في قوله لا يعلمون فوْت شيء من ذلك بوجه، فإن أسقط هذا الفصل؟.

فقال ابن عتاب: في إعمال هذه الشهادة اختلاف فمن الفقهاء من يرى ترك إعمالها مع بقاء الشهود وحياتهم، وإعمالها عند فقدهم وعدم السبيل عند استفسارهم. وقال: هذا إذا كانوا أحياء حضوراً ولم يزيدوا شيئاً ولا فسروا، فلا

يجب إعمال شهادتهم. ووافقه على ذلك ابن القطان، رحمه الله.

ابن سهل: قول ابن عتاب في إعمالها اختلاف ذهب إلى ما في شهادات المدونة: من شهدت له بينة بدابة أو غيرها أنه يشبه لا يعلمون باع ولا وهب فإنه يستوجب بهذه الشهادة ذلك ويحلف أنه ما باع ولا وهب ولا خرج عن يده بوجه من الوجوه ويأخذه. زاد في العارية: فإن لم يشهدوا أنهم لا يعلمونه باع ولا وهب حلف أنه ما باع ولا وهب وقضي له به فأمضى شهادتهم ولو لم يقولوا ذلك ولم يذكر أنهم يعاودون، ولا يستفسرون إن كانوا حضوراً.

وفي شهادة المقرب عن أشهب: إن هذه الشهادة إنما تمضي إذا لم يوجد سبيل إلى سؤالهم، وإن حضروا فسئلوا وأبوا أن يقولوا لا نعلمه باع ولا وهب فشهادتهم باطلة. ومثل هذا شهادتهم في الموت والوراثة لا بد أن يزيدوا ولا نعلم له وارثاً غيره ولا يشهدون في هذا. وفي الأول إلا على العلم لا على البت خلاف ما في كتاب ابن حبيب وأبي الفرج. انظر في الثاني لابن سهل في تداعي ابن الدباغ وعمر.

وجواب الشيوخ: إنما هو في مسألة انتقال ملك إلى ورثة وما احتج به ابن سهل إنما هي في مسائل قائمة بأنفسها فيظهر من كلامه أن المسألتين سواء، فتأمل كلامه وأجوبة الشيوخ والتفرقة التي بينهما.

ولابن رشد في استحقاق الشرح: لا بد من شهادة الشهود في الملك على البت، وأما الزيادة بأنهم لا يعلمونه باع ولا وهب فهو من كمال الشهادة. وينبغي للقاضي أن يوقف الشاهد على ذلك ويسأله، فإن أبى أن يزيده في شهادته بطلت ولا يصح الحكم بها. وإن لم يوقفهم القاضي على ذلك حتى ماتوا أو غابوا حكم بشهادتهم مع يمين الطالب إذ لا يصح للشاهد أن يشهد بالملك إلا مع أن يغلب على ظنه أنه لم يبع ولا وهب، فهي محمولة على الصحة وظاهره خلاف تأويل ابن سهل على ما في العارية، ومثل ما في المقرب، وتقدم في باب العقلة أن الذي كانت تجري عليه الأحكام يفتي من أدركناه أن القاضي لا يحكم بشهادة الشهيدين حتى يحوّزا جميع ما شهدا به من

دار أو رض إلا أن يتفق الخصمان على الحدود ولا يحضر حيازة الشهيدين الإشهاد أن يعرفا عين ذلك الملك، قاله في وثائق ابن العطار.

ولمطرف وغيره في الحاكم يحكم بحكم لرجل في دار أو أرض فإن عرف الشهود صفة الأرض وحدودها أو الحدود كلها أو أحدها ولم يعرفوا صفة الأرض أشهد له على تلك الصفة أو الحدود وقضي له بالشهود. وإن لم يعرفوا صفة الأرض ولا حدودها وهم يعرفون حوزها بالمعاينة فإن طاعوا بالخروج خرجوا فحازوا جميع ما شهدوا عليه وكتبوا بذلك كتاباً وأحضروا لذلك عدولاً. ونحوه في الجدار لعيسى، فهذه إشارتهم كلهم أنه لا يوجد عقد قديم ولا حديث إلا وهم يقولون إن الشهود طافوها من داخلها وخارجها [204 ب] وقالوا: هذا الذي شهدنا فيه فإنه معنى لقولهم من داخلها وخارجها؟.

وسئل أصبغ عن رجل اشترى داراً بكل ما فيها وبكل حق هو لها ومنها فادعى رجل في حائط منها وأثبته هل للمشتري الرجوع على البائع بالحائط المستحق؟.

قال: لا، ولا له عليه يمين إلا أن يزعم أنه باعه هذا الحائط بعينه فتلحقه اليمين. ولوحدّها أو وصف جميع حيطانها لكان له الرجوع بقدر الشيء المستحق. وهل دخلت عليه الداخلة إلا بترك تحديدها؟ هذا الذي لا يخفى على ذي نظر، فلمثل هذا وشبهه احتيج إلى استيفاء الحدود.

ابن سهل عن ابن أبي زمنين: أجمع كل من علمت من أصحاب مالك على اليمين في ما استحق من غير الربع والعقار لأنه لا يتم الحكم لمن استحق شيئاً من ذلك إلا بعد يمينه.

واختلف من أدركتُ من مشايخنا المقتدى بهم في الفتوى في من استحق شيئاً من الربع والعقار فكان بعضهم لا يفتي إلا بيمين عليه. ورأيت في ما يسأل عنه سحنون أنه كان يرى خلافه في الربع والعقار ويقول: اليمين التي أقول بها ليست من قول مالك ولا يأخذ بها كل القضاة.

ابن سهل: تأوّل ابن أبي زمنين وغيره أن قول مالك في مثل هذا: اليمين

على مستحق الرباع وغيرها، وتأوله على المدونة. وفي النوادر عن ابن كنانة: ليس على من أقام بينة في أرض أو حيوان أو سلعة يمين أو يدعي الذي ذلك في يديه أمراً يظن صاحبه أنه قد فعله فيحلف ما فعله ويأخذ حقه وهذه القولة الثالثة لا يمين على من استحق عقاراً أو غيره لا بدعوى من المستحق منه تتعلق بها اليمين. ولم تبلغ ابن أبي زمنين هذه الرواية.

وفيه: في قوم شهدوا بأملاك بيد رجل أنها كانت لأبيه إلى أن توفي وتركها ميراثاً لورثته غير أن الذي هي بيده يعتمرها ويغرمها ويملكها منذ ثمانية عشر عاماً.

فأجاب ابن عتاب: شهادتهم للفريقين جائزة ولا يضرهم اجتماعهما فيها لأنهم شهدوا في الأمرين بعلمهم ورأوا اعتماراً يحتمل أن يكون باتباع أو إرفاق أو توكيل فليس يلزمهم الكشف عن ذلك.

قلت: وقد يكون ذلك حيازة بين الأقارب كما أشار إليه في المدونة لا سيما إن كانت بين القرابة مباعدة صيرتهم كالأجانب، وأقسام الحيازة وإيعابها انظرها في شرح العتبية ففيه الكفاية.

ابن سهل: في مطلوب وقف على ملك بيده من أين صار له؟ فقال: عندي بالوجه الذي صار إلى وثائق غائبة ثم طلب عند حاكم آخر فأنكر تلك المقالة، فقال: إنما قلت إنها أملاكي وبيدي وثبتت عليه المقالة الأولى هل يلزمه إحضارها أم لا؟.

فأجاب ابن القطان: ليس على الموقوف إحضار الوثائق إذ لم يكن للحاكم أن يسأله من أين صارت إليه الأملاك إلا أن يكون الموقوف معروفاً بالغصب والاستطالة، ولا يكلف من لم يكن بهذه الصفة أكثر من أن يقول هي ملكي وبيدي.

الشعبي: إذا طلب قوم بوظيف على أرض وأملاك فأثبتوا بينة بحر أملاكهم فلا تجويز عليهم في أملاكهم إذا شهدوا على أعين المشهود لهم بالحرية.

وسئل ابن رشد عن قول ابن القطان في إثبات الملك عن قوله: لا يعلمون

خرج عن يده ولا فوته في علمهم إلى أن توفي وورثه ورثته المحيطون بوراثته فلان وفلان فكيف إذا كتب [205 أ] وأحاط بوراثته ما تخلف فلان وفلان فقط أو أحاط بوراثته فلان وفلان أتراه عاملاً أم لا؟ وعلى عدم عمله فما الفرق؟.

فأجاب: لا فرق بين قوله الألفاظ التي ذكرت وما كتب منها صح العقد به، غير أن من تمامه توصيل ملك الورثة إلى حين شهادتهم أن يقولوا لا يعلمون ملك أحد من الورثة زال عن ذلك إلى حين شهادتهم.

قلت: أشار إلى هذا فيها وجعله من تمام الشهادة، وإن لم يذكره فلا يضرّ.

وعن أشهب: إذا فقد الشهود فالحكم الإمضاء وإلا استفسروا. قال فيها: إذا شهدوا على القطع فهو زور. وعن ابن الماجشون وغيره: إنه مطلوب وليس بزور. فيه كلام يُنظر في الأمهات.

وسئل عمن توفي وترك زوجة وابناً كبيراً وابنة صغيرة فانفرد بما ترك أبوه من الربع بغلته نحواً من خمسة وعشرين عاماً ثم توفي فقامت أخته تطلب مورثها من الربع وما اغتله أخوها في المدة، وزعمت بأنه يخبرها بأنه اشترى بما اغتلّ ربعاً وأنها شريكته في الجميع، فهل يحكم لها بنصيبها منه أم لا؟ لأنها كانت حاضرة تنظر إلى اغتلاله الربع ولا تطلبه بشيء.

فأجاب: لا يبطل حقها بسكوتها ولو طالت المدة إلى وفاة أخيها وتطلب تركته في حصتها من الغلة.

قلت: لما تقرر في العادة أنها لا تطلب أخاها وأنها غير تاركة لحقها. فلهذا لا يبطل حقها بمُضي المدة التي تكون فيها الحيازة في الأقارب. وتقدم تفسير الحيازات.

وسئل عمن له شجر أو زرع فوجده فاسداً وهو ساكن بذلك الموضع أو لا، فادعى أن أهل ذلك الموضع أفسدوا زرعه أو شجره، وأنكر ذلك الكَل، أو

ادعى بعضهم أن بقيتهم فعل ذلك أو رمى كل واحد صاحبه بذلك أو تمالأ الجل على واحد أو على الأقل، وهم في ذلك عدول وغير عدول ومنهم متساوون في القرب أو بعضهم أقرب.

فأجاب: لا يثبت الإفساد إلا بعدلين ولا ينظر إلى القرب والبعد. فإن شهد بعضهم على بعض جازت شهادتهم، فإن ادعى المشهود عليهم أن الشهود فعلوه بعد الشهادة عليهم لم يقبل لأنهم لم يدرؤوا بها عن أنفسهم ما وجب من الغرم ولا تقبل شهادة غير العدول مطلقاً.

قلت: تجري على مسألة اللوث في المآتم والأعراس والأحزان والسفر وشهادة الصبيان في الجراحات والقتل والمسلوبين بعضهم لبعض، وأنه يتخرج فيه قولٌ بجواز شهادة المجهولين ونحوهم. وكثيراً ما يقع فيأخذ الحكام فيها بالظنة وهو مخالف لهذه الفتوى لكن من يظن به فهو كالمتهم بالسرقة يسجن حتى يستبرأ أمره وقد كان الشيخ الإمام يميل بعض الأوقات إلى نحو هذا ويذكر: إن الله يزع بالسلطان حتى يعتبر أمره ما لا يزع بالقرآن[1] وتحدثُ للناس أقضية ونحو ذلك، وقد مرّ منه طرف.

ومنه ما سئل عنه ابن رشد في أسير جُمعتْ له فدية من وصية وسلف فجاء وادعى أنه فدي ببعض ذلك فشهد له أسرى كانوا معه ببلد الحرب. فهل تقبل شهادتهم على التوسّم أم لا؟.

فأجاب: شهادة الأسرى على التوسّم جائزة للضرورة الظاهرة [205 ب] فيه. وقد أجازها ابن حبيب في السفر على علمك على مراعاة لمن يرى حمله على العدالة مطلقاً حتى تظهر الجرحة، لقول عمر: المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً أو مجرباً عليه شهادة زور. وما بقي من المال المجتمع للفدية مفضوض على السلف والوصية.

وأجاب: عن مسألة أسير أَبَى من هو بيده أن يفديه إلا بأضعاف ثمنه أن يجبر صاحب العلج أن يؤخذ منه بالأكثر من قيمته التي يعرف أنه يسواها على ما

---

(1) وردت الجملة مضطربة في الأصلين، والإصلاح مقترح.

يظهر من حاله مما يفديه أهله به، ويرجى ذلك فيه لأن الناس لا يشترونه إلا بقيمته من غير اعتبار هذا أو ثمنه الذي اشتراه به. وتقدمت من مسألة المركب المفدى من العدو بجميع ما فيه أنه يقضي الفدية على قيمة الأمتعة وما يعرف أنه يفدى به الأسرى من مثل ذلك المكان. كما قالوا في الفادي والمفدى يختلفان في الفدية ويأتي كل واحد بما لا يشبه ولا ينظر إلى ما يسوون لأنهم عبيد ولا إلى ذمتهم.

مسائل من الوديعة والعارية

ابن الحاجب: الوديعة استنابة في حفظ المال. وقال شيخنا الإمام: مال دفع لحفظ. فقد خرج بالأول اللقطة، وبالثاني القراض ونحوه. ورسم ابن الحاجب في الإيداع لا الوديعة وتبع فيه الغزالي وغيره. واختار في مختصره فيه أنه نقل مجرد حفظ ملك ينتقل. فيدخل فيه إيداع الوثائق بذكر الحقوق، ويخرج حفظ الإيصاء والوكالة لأنهما لأزْيَد منه، وحفظ الربع.

وحكمها: الجواز، وقد يعرض وجوبها لخائف فقدها لموجب هلاكه، أو فقده إن لم يودعها مع وجود قابل لها يقدر على حفظها وحرمتها، كمودع شيء غصبه ولا يقدر المودع على جحدها ليردها إلى ربها، أو للفقراء إن كان المودع مستغرق الذمة.

وفي المدارك عن بعض الشيوخ: من قبل وديعة من مستغرق الذمة ثم ردها إليه ضمنها للفقراء.

قلت: تقدم عن بعض القرويين وأظنه عبد الحميد الصائغ أنه إن خفي له أخذ شيء منها مما أودعه الأعراب فعل وإلا فلا شيء عليه.

وتقدمت مسألة الجوهرة التي خرجت من قصر السلطان وتداولتها الطلبة في حلقة إسماعيل القاضي مثل ما تقدم في المدارك. وكذا تقدم من كلام المازري في ذكر أموال الظلمة.

وعن ابن شعبان: من سئل قبول وديعة فليس عليه قبولها وإن لم يوجد غيره، قال شيخنا: لعله ما لم يتعين عليه قبولها، فهلاكها إن لم يقبلها مع قدرته

على حفظها كرفعه فيها من يحترم من أغار عليها أو ذي حرمة بحاضرة لتعرض من ظالم لبعض أهلها. يريد وليسوا بمستغرقي ذمة. ولو كان المتعرض له مستغرق الذمة فلا يجوز قبولها إلا أن يدفعها للفقراء أو لأربابها، كما يفعل بعض الزوايا يأوون الظلمة وأموالهم أو أموالهم فقط. فأما إيواؤهم فكان شيخنا الإمام ـ رحمه الله ؛ يقول: لا يجوز، ويدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام: «من أحدث حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله» وكان يمضي لنا أنه إن خيف عليه القتل ولا يجب عليه فالذب عنه واجب لمن قدر، وإن كان إنما يستخلص منه الإمام خاصة فإن كان الإمام [206 أ] عدلاً فلا يجوز الذب عنه لأن مال الله بيده فلا يصح أن يحال دونه، وإن كان طالبه ظالماً فلا ينبغي له التعرض له بوجه. قال مالك: دعه ينتقم الله من الظالم بالظالم، ثم ينتقم من كليهما. قال الله تعالى: ﴿وَكَذَٰلِكَ نُوَلِّي بَعْضَ ٱلظَّٰلِمِينَ بَعْضًۢا بِمَا كَانُوا۟ يَكْسِبُونَ﴾[1]. وقد كان يقال: لا تكرهوا الفتنة فإن فيها حصاد المنافقين. وأما قبول ودائعهم فيجري على ما تقدم. وكان شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ يقول: لم تجر عادة الفقهاء بقبول ودائعهم بتونس.

قلت: يحتمل تعليله بما تقدم له وأن أرباب الأموال لا يركنون إليهم خشية اختفائها وأخذها ببعض التأويلات أو للخوف على أنفسهم من سبب قبولها والله أعلم.

قال: ويكون مندوباً إليها حيث يختفي ما يوجبها دون تحقيقه.

قلت: الصواب أن قبولها مندوب إليه مع انتفاء الموانع لقوله عليه الصلاة والسلام: «من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل» وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾[2] وما جاء في قضاء حوائج المسلمين: «والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه».

قال: وكره قبولها حيث يخشى ما يجرحها دون تحققه.

---

(1) سورة الأنعام، الآية: 129.

(2) سورة المائدة، الآية: 2.

قلت: نظيرها اللقطة وسيأتي ـ إنشاء الله ـ حكمها على ما ذكره اللخمي وغيره.

قال: فتجوز الوديعة في من له التصرف فيها بملك أو تفويض أو ولاية كالقاضي في مال اليتيم والغائب والمجنون والقابل لها من يظن حفظه.

والأظهر أن شرطها باعتبار جواز فعلها وقبولها حاجة الفاعل وظن صونها من القابل. فتجوز من الصبي الخائف عليه إن بقيت بيده وكذا العبد المحجور عليه ويجوز أن يرد ما خيف تلفه بيد مودعه إن ظن صونه بيد آخذها لاحترامهما وثقتهما كأولاد المحترمين وعبيدهم عند نزول بعض الظلمة ببعض البلاد أو لقاء الأعراب القوافل. والأصل في هذا النصوص الدالة على حفظ المال والنهي عن إضاعته.

اللخمي: في البخاري ومسلم عنه عليه الصلاة والسلام: «إن الله نهى عن إضاعة المال». ابن يونس: وأصله قوله تعالى: ﴿ فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ ﴾[1]، وقوله: ﴿ ۞إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾[2]، وقوله: ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ ﴾[3] الآية على أحد التأويلات، إلى غير ذلك. وفي ما ذكرناه كفاية.

ابن الحاج عن أبي إسحق: اختلف في تسلف الوديعة فأجيز للملي وكره للمعدم.

قلت للخمي: إن كان فقيراً فلا يجوز واختلف في الموسر. ففي المدونة وغيرها الكراهة والجواز مع الإشهاد في سماع أشهب. وعن عبد الملك: إن كانت مربوطة أو مختومة لم يجز، واختار إن علم عدم كراهة مودعها فهي جائزة. وإن علم أنه يكره ذلك فلا يجوز كما لو حجرها حين الإيداع ومع الإشكال يكره. وفي سماع أشهب: ترك السلف أحب إلي، فيكون خامساً على

---

(1) سورة البقرة، الآية: 283.

(2) سورة النساء، الآية: 58.

(3) سورة الأحزاب، الآية: 72.

المستحب ليس بمكروه. قال اللخمي: وليس له سلفها إن كان مما يقضي بقيمتها، وكذا المكيل والموزون إن كثر اختلافه كالكتان، وفي إلحاق القمح والشعير وشبهه بالعين اختلاف لقوله فيها: إن تسلفها ثم رد مثلها لم يضمنها. وعن عبد الملك: إن خلطها بمثلها ضمن. وحكى الباجي عن عبد الوهاب: أن هذا في كل مكيل وموزون في ادعاء ردها، وفي قبوله خلاف. وثالثها: إن ردها بإشهاد بريء. ورابعها لابن الماجشون [206 ب] إن كانت منشورة وإن كانت مصرورة معها ولو ردها، وعلى القول بأنه يبرأ فهل يصدق في ردها بغير يمين أو بيمين؟ قولان واختار اللخمي ثالثاً. ومذهب المدونة يصدق في الرد، وظاهرها أن لا يمين. وهي تجري على مسألة الخروج من الذمة إلى الأمانة. ولها نظائر: منها مسألة الضرائر خلاف هذه على مذهبه فيها، خلافاً لما فيها في العتبية. ومسألة اللؤلئي في الوكالات ومسألة البناء وتبليغ الكتب في الأكرية ومسألة الوديعة والدّيْن في القراض، وللمتأخرين في ذلك كلام وفروق، وإن كان بعضهم اختار أنه خلاف قول، فانظرها في الأمهات كالمقدمات ونحوها.

وعن ابن شعبان: من أودع وديعة وقيل له تسلف منها إن شئت فتسلف لم يبر برده إلا إلى ربها. اللخمي: لا يختلف في هذا لأن السلف من ربها، واختار الباجي أنه يبرأ بردها.

قلت: وهي تجري على مسألة الخروج من ذمة إلى أمانة.

ابن الحاج: من حمل بضاعة بيده خوف الطريق فنزل ليبول فوضعها بالأرض ثم مشى فنسيها فلما تذكر رجع فوجدها تلفت فأفتى هو وابن رشد بالضمان. ونقل عن الباجي أنه أفتى بعدم الضمان. التونسي: اختلف في الناسي ما أؤتمن عليه فأدى النسيان إلى التلف هل يغرم أم لا؟ في مسألة من وضع الوديعة بين يديه أو شك في من دفعها إليه.

قلت: في سماع أصبغ: من استودع وديعة وهو بالمسجد أو بمجلس فجعلها على نعله فذهبت لم يضمنها، ولو كان عليه رد أيمكن ربطها فيه؟ ابن رشد: يريد ونعلاه بين يديه لأنه وجه حرزها بذلك الموضع عادة. اللخمي:

يريد إن جعلها هناك بحضرته أو بعد غيبته والوديعة ثياب أو دراهم كثيرة الشأن أن لا يجعلها في كمّه إلا عند قيامه. وإن كانت صرة دنانير ضمن لتفريطه ولو أخذ نعليه فنترها ضمن. ويختلف إن قام فنسيها، فعن ابن حبيب: يضمن، ويتخرج عدم الضمان من مودع مائة نسي مودعها وادعاها رجلان. ومن مشتري ثوبين من رجلين يحتار لم يدر ربّ الجيد منهما، قيل: لا ضمان عليه وعذره بالنسيان أظهر إذ لا يُعدّ به مفرّطاً ونحوه لابن يونس.

عن بعض الفقهاء قال: وكذا لو نسي موضعها من بيته لا يضمن. ابن شعبان: لو أودعها بالطريق فمضى في حاجته قبل إحرازها فضاعت ضمن، ولو جعلها في كمّه ملقاة لم تكن حرزاً وفي ربطها في داخل كمّه وإخراجه كان حرزاً، وكذا لو شدّها في وسطه. ولو ثنى عليها بالسراويل بغير شدّها لم يكن حرزاً، ولو وضعها في يده فهو حرز.

وعن مطرف وابن الماجشون: من عنده وديعة فأخذها يظنها دراهمه ضمنها، وكذا لو نسيها بموضع دفعت إليه وقام، وليس كسقوطها من كمه أو يده دون نسيان لأخذها، هذا لا يضمنها. وقاله أصبغ.

قال شيخنا الإمام: قوله في سقوطها من الكم نقل الزاهي فيه: لو جعل الوديعة في قميصه ضمنها وقيل لا، والأول أحوط لحديث فانجابت عن الجيب كانجياب الثوب، أي خرجت عنها كما خرج الجيب عن الثوب فليس هو منه. ابن الحاج: أفتى ابن رشد بالضمان. وعن ابن عيشون لا ضمان عليه ويحلف، واستدلّ بمسألة النعلين في العتبية.

قلت: اختار ابن عبد السلام شيخ شيوخنا عدم الضمان، قال: لا سيما إن كان لباس أهل المغرب. وعلى ظني أني رأيت لشيخنا الإمام أنه لا يختلف فيه اليوم لكونه [207 أ] صار محلاً للدراهم لجلّ الناس. وإنما يمكن الخلاف إذا كان تارة وتارة، وترجيح ابن شعبان الضمان بالحديث غير لازم إذا تقرر عرف، ولو لم يتقرر لكان خلافاً في شهادة هل الجيب أصون أو مطلق الثوب؟.

سحنون: من أودع وديعة فصرّها في كمّه مع نفقته ثم دخل الحمام

فضاعت ثيابه بما فيها ضمنها. وعن بعض الفقهاء لعله بدخوله بها الحمام.

قلت: وقعت مسألة وهي أن رجلاً دخل ميضاة فنزع ثيابه وكيسه وفيه وديعة تظهر وخرج ونسي الكيس فتلفت. وأفتى شيخنا بضمانه من مسألة الحمام وهو ظاهر وإن وجد أين يضعها، وإن لم يجد فتجري على مسألة النعلين.

ابن الحاج: من استأجر رجلاً ليصلح له سقف حانوته فقال لصاحب الحانوت: أمسك فروي حتى أهبط فاحتاج صاحب الحانوت للقيام لحاجته فقال يا فلان انظر الحانوت والفرو حتى آتيه فضاع الفرو.

وجوابها لهشام بن أحمد: الضمان على صاحب الحانوت وهي تأتي على الوديعة إذا استودعتها غيره ضمن إلا أن يكون عند إرادته سفراً.

قلت: فإذا عين الوديعة فواضح غرمها على ما ذكر وإن أوصاه على حفظ الحانوت فقط فالظاهر عندي أن لا ضمان لأنها تابعة، من مسألة حمل نفقة الحاج في المنطقة إن كان فيها شيء للحامل جاز شدها على الوسط فإن تخلصت لحمل الوديعة فلا يجوز. وانظرها مع مسألة زكاة المساقاة والعامل في القراض وعدم شرط النصاب في حقهما دون رب المال.

وفيه أيضاً: أراد رجل سفراً إلى الجزائر بزيت فأودعه قوم زيتاً للبيع فوصل وخلط جميع الزيت في خوابٍ وكتب اسمه على جميعها فاعترضه بعض من يعرف أن جميع الزيت ليس له فقال بمحضر جماعة يشهدون: جميع الزيت لي ليس لأحد معي فيه شيء بوديعة ولا بغيرها، فشرع في بيع الزيت فباع بعضه واشترى سلعاً ورقيقاً وبعث في ذلك للمريّة وثبته، ثم سافر إلى سبتة وترك رجلاً يبيع له بقية الزيت ثم رجع فباع ما بقي وأخذ ثمن ما تحصل ثم أخذ في الانصراف إلى سبتة فادعى أن الروم أخذوه بما معه من بقية ثمن الزيت، وقال لأصحاب الزيت: ثمن زيتكم هو الذي أخذ الروم. فانظر هل يكون خلطه للزيت تعدّياً مع اختلاف أنواعه وإنكاره أنه ليس لأحد في الزيت حق؟.

جوابها: إذا خلط الزيت بمثله على وجه الرفع والحرز فلا ضمان عليه.

قلت: ما ذكره في خلط الزيت هو قوله فيها في مسألة الدنانير والقمح

ونحوه في المدونة في خلط ماله بمال القراض من غير شرط الخلط، لكن ذكر في السؤال اختلاف أنواع الزيت وإنكار كونه وديعة ويشبه أن يكونا وصفين مناسبين للضمان ولم يتكلم عليهما بل لعبد الملك في الثمانية هو ضامن في خلط القمح بمثله لأنه تختلف فيه الأغراض يظن المودع أنهما سواء، ويرى غيره الوديعة أفضل. ومنع ابن القاسم في الرهون والشريك من مقاسمة المرتهن في الطعام حتى يقاسمه السلطان والصورة الواحدة أخف في الاختلاط في القراض، ومال إليه بعض شيوخ شيوخنا لتعينه في باب الاستحقاق ونقض البيع به، وإن اعترض شيخنا الإمام الأخذ من مسألة الرهون بأن المرتهن لا تجوز له ولاية ذلك لكون القسم على الغائب [207 ب] لا يليه إلا السلطان. ولو اختلفت صفة القمح وكان نوع الوديعة أجود ضمن بغير خلاف.

وأما ذكره أن ليس لأحد في الزيت شيء فإن كان على وجه الجحد فقد تقدم نظيرها في مسألة من ثبت عليه حق فأتى بما يوجب إسقاطه، وفيه خلاف مشهور. وإن كان قصده تورية خشية أن يؤخذ منه إن كان لغيره وظهر وجه ذلك فلا ضمان عليه.

اللخمي: إن خلط دراهم بمثلها فضاع بعضها لم يضمنه والباقي بين المالكيْن على قدر العدد إن لم يتميز أحدهما من الآخر وإن تميزت فكل من ضاع له شيء فهو منه ولا يغيره الخلط.

قلت: هي مسألة إذا اختلط دينار بمائة ثم ضاع دينار، في آخر تضمين الصناع. وتجري على مسألة مذهب ابن القاسم ومالك. ولا فرق بين الخلط اضطراراً أو اختياراً أو شركة كذلك.

اللخمي: إن خلط دنانير ودراهم بغيرها مما يتميز منها لم يضمن إن ضاعت. ولابن الماجشون: إن كانت الأولى كثيرة فخلطها بقليله لم يضمن، ولو خلطها بمال عظيم حتى أشهرها لضمن. وهذا يحسن إن كان لا يظن ذلك فيه. ولو كانت بتابوت أو صندوق لم يضمن. وأما خلط الشيء بغير صفته كالشعير بالقمح ونحوه فهي مسألة طويلة وقعت في المدونة ووقع فيها تفصيل وخلاف فيُنظر في المطولات.

وسئل التونسي عن امرأة دفعت لأخرى مأمونة دنانير على أن تدفع لابنة ابنتها كذا ولأختها كذا فأقامت الدافعة مدة وماتت وأقامت الدنانير عند المودعة إلى أن قاربت الحفيدة البلوغ وتزوجت واشترت ببعض تلك الدنانير بعض ما يزين عليها، وزعمت أنه قصد الدافعة فقام عليها ورثتها وأنكروا هذه العطية ولم تزل الشورة وبقيت الدنانير بيدها فلمن يجب ذلك؟.

فأجاب: إن خفي للمرأة هذا وكانت قدر ثلث الميتة فلتفعل ما شرطته الموصية وإن لم تخف ذلك فليس لها دفع ذلك للموصى لهم ويدفع للورثة فيقتسمونه إذ لا قدرة لها على الامتناع منهم وشهادتها وحدها باطلة فلا يلزمها شيء.

فقيل له: فلو رد الورثة إليها الحكم على أن تسأل أهل العلم فيه فهل يسوغ لها أن تقول ما يجب لكم من طريق العلم شيء؟ وكيف إن أرادت صلحهم وإعطاء ما بقي للموصى لهم؟ وكيف إن دفعت ذلك للموصى لهم ثم قام عليها الورثة هل يطلبونها أو يطلبون الموصى لهم؟.

فأجاب: إذا طلبها الورثة فلا قدرة لها على الامتناع وإن كان الورثة يخيّرون، فقولها: لا حق لكم في ما أدعيتم من غير تحليف لها فلتقل ذلك لأنه حق للحفيدة، وإن أرادوا تحليفها إن أمهم لم تعطها دنانير فلا تحلف وتدفع ذلك إليهم، وإن صالحوها على شيء جاز لأنه أخذ بعض الوصية خير من العدم وإن أخبرتهم بالقصة فلا بد من رد الدنانير على الورثة إلا أن لا يصدقوها في مقالتها فتمضي حينئذ الوصية بالدنانير.

قلت: ظاهر أول السؤال يقتضي أنها عطية جعلتها في يدي أجنبية دون المعطاة لصغرها ولهذا سكتت عن الأخت الشريكة في الإعطاء مقتضى أنها أخذتها في حياتها ولهذا لم يتكلم عليها، والجواب يقتضي أنها وصية فإما أن يكون صح عند المجيب أنها مريضة مرضاً مخوفاً أو كان الدفع على وجه الوصية لا يعطى إلا بعد الثبوت. ولم يصرح بالجواب عن مسألة إذا دفعت ذلك للموصى لهم، وعندي أنها تجري على مسألة إذا أقر المشتري بأنها من [208 أ]

بلاد البائع وأقر بصحة ملكه عند الاستحقاق، والخلاف فيها بين ابن القاسم وأشهب، ولها نظائر منها: مسألة إذا شهد أحد شريكي العبد أن شريكه أعتق حصته، وإذا أقر أحد الوارثين بدين على الميت إلى غير ذلك، ومسألة إذا ألجؤوها إلى اليمين هل تحلف وهو مذهب ابن الماجشون، أو لا بد من الحلف على غير ردّ الدعوى وهو مذهب المدونة. وهذه المسألة منصوصة للمتقدمين في مسألة الوصي إذا علم بها دون غيره فإن خفي ليدخلها بغير معقب فعل وإلا كان شاهداً لمن اعترف له بذلك.

ونزلت مسألة وهي: أن رجلاً مريضاً وصّى ببغل لبعض أصحابه وأقر بدين آخر ولم تعلم بذلك إلا امرأة الموصى وأخته وهي وصية على أولادهم وهم صغار فأنكرت الزوجة الوصية وأقرت بالدين فيلزم في الدين في قدر نصيبها فتكون هي والوصي شاهدين على بقية الدين، وأما البغل فيتخلص فيها وشهادة الوصي خاصة فهي كمسألة السؤال إن خفي لها في ذلك دفعته للموصى له وإن خافت جريرته بطلت ويلزم الزوجة اليمين في قدر نصيبها.

وسئل حسان عن رسم مضمنه أن شاهدين شهدا على رجل أنه قال عند نكاح ابنة أخيه من رجل: اشهدوا أن لابنة أخي خمسمائة دينار أو دونها أو أقام لها ثلث دينارين بموضع كذا وكان في شهر كذا من سنة كذا. وزاد أحد الشاهدين قال المقر المذكور للزوج: إن شئت أخذتَ أنت وأبوك الدنانير المذكورة لتشورها بها وإن شئت اشتريت أنا ذلك والدنانير حدود ثلثيه. قال: وفهمت أن الدنانير في ملكه وحكمه وتحت يده حاضرة.

فسئل المشهود عليه عما ذكر فأنكر إنكاراً تاماً ثم رجع واعترف ببعض الدنانير وقال: البقية أنفقتها عليها في مرضها في أدوية وأسباب مواراتها، وسلم الزوج ذلك ورضيه، وقد توفيت البنت الآن فقام الزوج يطلب حقه في الدنانير فقال المقرّ: إن لها من تركة أبيها خمسين ديناراً بالمشرق مصرية ولها من تركة أمها كذا من الأمهات وما التزمت الخمسمائة دينار إلا بذلك فعارضه الزوج أيضاً غير ما ذكر وأنه عرضها عليه للشورة.

فأجاب: المشهود عليه مأخوذ وبما أقر به ولا يقبل قوله بعد ذلك إنها

مؤلفة من تركة أبيها إذ لم يكن هو الباعث بذلك، ولو بعث هو بذلك فعارضه وتقدمت يده عليه لينظر، هل هو متعدّ في بعثه أم لا؟ وكذلك في الشهادة أن لها عنده من سكة كذا وينظر هل كان البعث قبل أن تجد إقراراً أو بعده فما تقرر من ذلك بعد استفسار الشهود يقع الجواب عليه.

قلت: إنما ألزمه ذلك لأنه ذكر في سياق العقد فكأنه مشترط.

وفي المذهب من هذا مسائل منها: إذا باع عبداً وقال إنه قائم العين، وكذا إذا قال هي أضحية، أو تسوق بها أيام الأضحية أو أسلم في أضحيته. وفي المدونة: إذا اشترى شاة في إبان الحلاب فوجدها لا تحلب أو لا تحلب طائلاً. وعن سحنون: إذا اشترى ثوراً في إبان الحرث فوجده لا يحرث إلى غير ذلك من المسائل التي يقتضيها الزمان أو الذكر بمقتضى الشرط. انظرها في شرح ابن رشد وأحكام ابن سهل.

وسئل حسان أو غيره عن شاهدين [208 ب] شهدا أن فلاناً خرج معهما من بلد كذا فضاعت له ثياب وذكر أن فيها ثوبين لفلان الفلاني وقد بُعِثا معه هل يقبل قوله؟.

فأجاب: قول المبعوث معه مقبول في الضياع ولا يمين عليه في ذلك إلا أن يكون من أهل التهم.

قلت: ظاهر كلام ابن الحاج أن المتهم متفق عليه. ابن عبد السلام: والأظهر أن فيه ثلاثة أقوال، أعني في دعوى التلف: في اليمين وعدمه والفرق بين العدل وغيره. وظاهر كلام ابن الحاجب أن في دعوى الرد قولين في اليمين، وظاهر المذهب لا بد من اليمين. هذا على القول بقبول قوله مطلقاً. وقيل: إن قبضها ببينة مقصودة للتوثق ضمنها في دعوى الرد وهو ظاهر المدونة. عبد الحق: ولو أخذها بحضرة قوم لم يقصد إشهادهم عليه فهو مصدق في دعوى الرد وليس كمن أخذها ببينة لأنه قصد بالبينة الإشهاد عليه، ومثله اللخمي.

وفي الطرر قال فيه: وهو خلاف ما عند ابن زرب فظاهره أنه يقول البينة

مانعته من القبول ولو كانت غير مقصودة، ولابن زرقون: اختلف في تعلق اليمين بمجرد التهمة، ففي تضمين الصناع والشركة تعلقها وهو قول ابن القاسم في غيرها، وتقدم في قول ابن رشد الأظهر تعلقها إذا قويت التهمة وتسقط إذا ضعفت ولا ترجع إذا لحقت. وفي ما ذكرنا كفاية.

وكذا الحكم في القراض وما يفعله الناس اليوم إذا أعطاه قراضاً أو بضاعة للسفر أو لفتح حانوت يأتون إلى العدول ويكتبون رسماً بذلك هي البينة المقصودة للتوثق فيجري فيها ما تقدم.

وسئل أبو عمران عمن حمل غرارة قمح في مركب أو زق زيت لرجل بغير كراء ثم ادعى ضياعه، هل يُقبل ذلك منه أم لا؟ وكيف إن قال له: إذا وصلت بموضع كذا فبعْه واشتر به كذا وحمله بكذا. هل يستوي الحكم أم لا؟.

فأجاب: لا ضمان عليه في الوجه الأول لأنها بضاعة وهي كالوديعة في عدم الضمان إلا أن يتهم فيحلف. وأما إن حمله على أن يبيعه ويشتري بثمنه فهو كالمستأجر على توصيله وبيعه والشراء بثمنه وإن سمّى مبضعاً معه أم لا فهو كخياط دفع إليه ثوب على خياطته وبيعه فزعم أنه ضاع قبل فراغ خياطته، وكمن استؤجر على حمل طعام لبيعه بذلك البلد فادعى تلفه لضمنه، وتبينه أن مسألتك لو بدا له عن حمل الطعام المستأجر عليه لمحله وبيعه وطلب أن يحمله غيره حتى يصل فيبيعه لم يكن من ذلك، بخلاف ما لم يستأجر عليه.

وفي أحكام الشعبي: من أكرى بيتاً في داره أو حيث يسكن لحزْن الطعام فضاع كله أو بعضه لا شيء على صاحب البيت ولا يمين إن كان صالحاً وإن كان متهماً حلف.

قلت: لأن مجرد الحفظ لا تصرف فيه فأشبه حارز الأندر ونحوه بخلاف حامل الطعام والفرّان ونحوه للإذن في التصرف فيه. ومثله اليوم خزان الطعام في المطمر والفرن بكراء فهو مثل فتوى الشعبي. ويجري في دعوى النقص أو التلف على أيمان المتهم. والذي أفتى به هو اختيار اللخمي أيضاً ونحوه.

أفتى أبو محمد في من رفع عنده شعيراً بأجرته فادعى أنه نقب عليه وضاع

لا ضمان عليه بعد يمينه. وتقدم في الأكرية مسألة عن الشعبي وهو من اكترى دواب بأحلاسها وغرائرها فضلت دابة بحملها فترك بقية الدواب [209 أ] عند غيره وذهب في طلبها يعني الذي ضلت عنده، ثم جاء فوجد أخرى قد ذهبت فلا ضمان عليه في الضالة الأولى ولا ما عليها إذا كان قد اكتراه معه حتى يتبيّن كذبه، ولا ضمان عليه في الثانية بما عليها أيضاً وتركها عند ثقة مأمون عليها، وإذا كان غير ثقة ضمن. ولو جعل جعلاً لمن طلبها فالجعل على الجاعل مطلقاً لا على ربّ الدابة، قاله ابن لبابة.

قلت: أما الأول فلأنه مكترٍ فلا ضمان. ويتخرج على رواية أشهب في مسألة الصحفة أنه يضمن الأحلاس والغرائر. وأما الثاني فلأنه أودع لضرورة طلب الدابة فهو عذر إذا ثبت ذلك. وانظر هل يشترط كونه في الثقة مثله أو أعلا قياساً على مستودع الوديعة أو كونه ثقة خاصة قياساً على اللقطة؟ وهو ظاهر الجواب، وهو الأقرب، لأنها ضرورة. وانظر لو انشغل بحفظ بقية الدواب عن طلبها حتى تلفت؟ والصواب أن لا ضمان قياساً على الراعي إذا اشتغل بحفظ بقية الحيوان فلا ضمان عليه لما ذهب. انظر لو ترك بقية الدواب مع عبده وذهب لطلب الضالة أو بعث عبده لذلك هل يبرأ؟ قياساً على قول ابن حبيب: إذا بعث الدابة المكتراة مع غيره أو ولده فضلت له فلا ضمان عليه لأن العادة جرت بذلك، أو يضمن لعدم تقرر العادة في هذه المسألة. والصواب الأول لأنها ضرورة.

وفيه أيضاً: إذا قد فدى مستودع وديعة أخذها السلطان منه من ماله أو من بعض الودائع فأراد الرجوع بذلك وأبى صاحبها وقال: هلا تركته مرَّ بها؟ فلا يرجع عليه بشيء وهو قول ابن لبابة.

قلت: ومثله في سماع عيسى من العتبية.

وحكى ابن وهب في مسألة الخليطين مثل قول سحنون الذي أشرنا إليه. وحكى مثله سحنون قال: ولا يختلف أن ما جرت به العادة من القوم لأنه لازم، ورأيت لابن دحون: إنه بمنزلة من عدا عليه السلطان فأغرمه مالاً عليها. انظر على قول سحنون في من يدفع عن الرفقة شيئاً للصوص فإن كان لا يخلصها إلا

بذلك قال فأرباب الأمتعة بالخيار: إما أن يسلموها للدافع وإلا دفعوا ما ودّي عنهم على القيم، فكذا هنا يكون صاحب الوديعة بالخيار. وقول ابن لبابة جار على أحد الأقوال في من فدى متاعاً من أيدي اللصوص. ويتخرج فيها من الخلاف في ما في هذه المسألة. وانظر مسألة إذا ودَّى الخراج عن صاحب الأرض وهو ظلم فيها، ومسألة من دفع الإنفاق على التركة، ونحو ذلك من مسائل الإكراه، وتقدم جملة من هذا الأصل.

وسئل المازري عمن توفي وترك أولاداً أصاغر وأكابر فقدم القاضي الأم على الأصاغر فشورت البنات وأدخلتهن وفيهم صغير وقد أخذت بضائع صارت له بالقسمة وقد ذكرت أنها تسلّفت دنانير من مال الصغير لشورة إحدى البنات أنفقتها عليها وأنفقت على الولد في حياته ثم توفيت بعد أعوام فلم يؤخذ للولد شيء مما صار له في القسمة ولا علم بيعها ولا أثمانها، هل يلزم تركها تلك البضائع يوم القبض أو يوم الموت أو يحمل على أنه أكلها؟ وقد قام ورثتها وأرادوا إلزامه ما كانت أنفقته عليه في هذه المدة المذكورة في حيازته.

فأجاب: الأمانة لا تتعلق بذمة الميت لاحتمال الضياع وخفائه [209 ب] لكن في المدونة وهو المشهور عن جماعة الأئمة وغيرهم تعلقها بتركة الميت. وعلله حُذاق الأصحاب بأنه لو ضاع لتحدث به فيحمل على أنه تسلفها وذكر مقدار السلف دليل على عدم أعيان السلع قبل السلف إذ لو تسلف السلع لذكرها مع هذه الدنانير، فإذا حملت على البيع فلا يلزمها إلا أقل الأسعار على ظاهر مذاهب الأيمة إذ الزائد على أقل الأسعار مشكوك فيه، ولا تعمر الذمة بشك. وأما ما أنفقته على الولد فكل ما هو فضول مما لا يبيح الشرع نفقته على اليتيم في شيء فلا يحاسب به.

الشعبي: عمن تزوج امرأة وساق لها نصف أملاكه من دور وأرضين وبساتين وبقي يستغل الجميع زماناً ثم قامت زوجته تطلب الغلة بعد موته ومدة الاستغلال سبعة أعوام.

جوابها: إن تركت ذلك على وجه التوسع والرفق بالزوج فلا رجوع لها

وإلا حلفت أنها لم تتركه هذه المدة إلا أنها تقوم بحقها ولم توسع عليه ولا قبضت من جميع الغلل شيئاً ولا قدمت زوجها على النظر لها ورجعت عليه بمستغل مالها وكراء أرضها.

وفيه: في من أشهد عنه إخراج ابنته لزوجها أنه أمتعها برأس وثياب وحلي فبعد ثلاث سنين أو أكثر يقوم الأب أو ورثته طالبين الابنة في ما أشهد بأنه أخرجه معها فأنكرت الإمتاع ولم يكن دليل إلا إشهاد الأب خاصة فهل يقبل قوله أم لا؟ وهل تحلف إن كان القول قولها؟.

جوابها: القول قولها ولا يقبل قول الأب حتى يعلم قوله بإقرار أو بينة وهو معنى قول ابن القاسم.

قلت: قوله مبني على أن الابنة ترشد بأقل من ستة أعوام ولهذا ألزمها اليمين لأنها محجورة ادعى عليها العارية وتحمل أيضاً على أن الإمتاع معناه العارية، وتقدم من هذا المعنى في مسائل النكاح.

وسئل عن امرأة أرسلت حلياً مع بعض قرابتها لصقلية فادعى بعد الورود أنها أمرته بتصريفها وجعلها قراضاً وقد اشترى بأثمانها وهو نحو أحد عشر ديناراً غير رباعي قمحاً وأنه باعه، وادعى وكيلها أنه قراض ووافقته على الرسالة وأنه بضاعة ورسالة كعادة القرابة لا قراض.

فأجاب: إن كان مثله يعمل بالقراض ويأخذ على البضاعة أجراً فإن كان نصيبه من الربح مقدار الآخر فأقلّ صحّ له الأقل ولا يمين، وإن كان أكثر حلفت المرأة أنها ما قارضته وله أجر مثله ممن لا يعمل بالقراض ولا أجر له هنا في هذا اليسير من القرابة وحلفت له هنا.

قلت: هو مثل قوله في المدونة: وإن قال العامل قراضاً وقال ربه أبضعتكه لتعمل به، فالقول قول رب المال مع يمينه وعليه للعامل أجرة مثله. قال سحنون: إلا أن يكون ما ادعى العامل من الربح أقل من أجر مثله فله أخذ الأقل ثبت قول سحنون في كثير من النسخ وزاد فيها: فإن نكل رب الأرض صدق العامل مع يمينه إذا كان يستعمل مثله في القراض، فانظر في ذلك.

وسئل ابن مشكان عمن أودع رجلاً أو امرأة من حوائج النساء فوجدهما كما ذكر، فهل يتوجه على ورثة المودعين يمين تهمة في ما يعرض للمفتين؟ وهل يسوى فيه المتهم وغيره أم لا؟.

فأجاب: إذا ظهر الأمر على ما ذكر المودع ظهرت براءة المودع ولا يمين في ذلك وغيره ينظر فيه فمتى انتفت التهمة انتفت اليمين ومتى قويت وجب [210 أ].

قلت: لابن يونس في الوصايا الأول: عن أصبغ في من قال من ادعى عليّ ديناً فحلفوه وأعطوه بلا بينة أو قال بلا يمين ولا بينة، ولم يوقت للدين نهاية فهذا يكون من ثلثه بخلاف الذي وقته.

وفي العتبية عن ابن القاسم: في من قال كنت أداين فلاناً وفلاناً فهم مصدقون في ما ادعوا عليّ. فقال: يعطون ما ادعوه بغير يمين. وقال عنه أصبغ: إذا قال كنت أعامل فلاناً فما ادعاه عليّ فأعطوه، قال: يصدّق في معاملة مثله. ولو ادعى ما لا يشبه بطل كله، وقيل يبطل ما زاد على ما يشبه.

ونزلت مسألة وهي: أن رجلاً اعترف في مرضه الذي توفي فيه بمال دين وبمعينات، فوقعت الفتوى بأنه يحلف في الدين يمين القضاء لاحتمال أن يكون قضاه قبل موته ولا يمين في المعينات. ويؤخذ ذلك من مسألة إذا وجد سلعته في التفليس. وعلى ظني أن في المعينات خلافاً وأن ابن رشد في مسألة إذا قال صدقوه أنه لا يحلف بغير خلاف فانظر شرحه في الوصايا.

وكذا أعرف إذا اتفق جميع الغرماء على صحة ديونهم في التفليس، هل تسقط أيمان القضاء عنهم أو لا بد منها لجواز غرماء لم يعلم بهم، انظر المتيطي في ذلك.

وسئل المازري عن وثيقة مضمّنها أن رجلاً بعث عروضاً مع رجل إلى الإسكندرية بسبب البيع ونفوذ ثمنه إلى المدينة أو الأندلس وجعل له أجره على ذلك، ثم توفي المبعوث بالإسكندرية وخلف ولداً معه وابنة بزُوَيْلة ثم توفي ولده في ذلك الموضع وترك ورثة صغاراً بالبلدين وقد باعوا داراً بزُوَيْلة وهموا

بالمفاضلة فيها، فقام الباعث المذكور وطلب حقه من ثمن الدار قبل ذهابه ولا يدرى هل له تركة بالإسكندرية أم لا؟.

فأجاب: بأن المشهور من المذهب إذا لم توجد بعينها تعلّقت بذمته، وقيل: لا تعلق لها بذمته لاحتمال ضياعها وهو القياس عند بعض شيوخنا. ويقيد الأول بإمكان أنه باعها وصارت ثمناً تعلقت بذمته سلفاً لكن ينظر هل مضى من الزمان ما يمكن بعثها إلى المهدية أو الأندلس. فإن مضى كان فيه خلاف آخر قد تقدم الجواب عنه في سؤال قبل هذا، فإن تعلق الحق بالتركة كان من حق هذا إيقاف قدر نصيبه حتى يسأل عن التركة الثانية هل يوجد فيها أم لا؟ فروجع عما إذا كان بين زمن المودع وزمن الرسالة مقدار ما يباع ويبعث إلى المكان المبعوث إليه، فلم يوقف على جوابها.

قلت: قوله المشهور من المذهب هو قوله في المدونة: من هلك وقِبَله قراض وودائع لم توجد ولم يوص بها فذلك في ماله ويحاص بذلك غرماؤه. ومثله في سماع ابن القاسم في التفليس، ابن رشد: ولا أعلم فيه خلافاً.

وللخمي: من مات وقِبَله وديعة ولم يذكر شيئاً، واختلف هل يكون في ذمته؟ قال: ومحملها في العين على أنه تسلفها. وكذا المكيل والموزون بالبادية إلا من علم شأنه أن لا يتسلف، وفي العروض على عدم التسلف إلا من علم منه قلة الأمانة، وكذا المكيل والموزون بالحاضرة والمخازن بالمكيل والموزون يودع بالحاضرة. الشأن عدم الافتيات عليها وشأن البادية إسراع أيديهم إليها وإذا تعلقت بالذمة ضرب بها مع الغرماء.

وعن بعض أهل العلم: لا يضرب بها إلا أن الضمان بغلبة الظن دون قطع. ولابن القاسم نحوه في كتاب الشركة في متفاوضين أودع أحدهما وديعة فمات فهي في نصيبه دون شريكه لما أشكل أمرها هل ضاعت أم لا؟ ولو حمله على التصرف فيها [210 ب] كانت في كل المال لأنه على أحد أمرين: إن كان تجر فيها فهي في جميع المال، وإن كان أنفقها فقد ترك عوضاً في المال لأنه لو لم ينفقها لأنفق من المال.

وفي زاهي[1] ابن شعبان: من هلك وعنده وديعة لم توجد وعليه دين فماله بينهما بالحصص، قاله الشعبي وداود بن أبي هند، وعن النخعي فيها قولان، هذا والآخر أن الوديعة أولى، وعن الحارث العكلي: الدين أولى، وعن ابن أبي ليلى: إن لم تعرف فليس لصاحبها شيء، وبالأول أقول.

ابن عبد السلام: استشكل بعضهم الضمان في هذه المسألة لأنه قبض على الأمانة فهو باق على ذلك وقصارى هذه القرينة أنها توجب شكاً، والذمم لا تعمر بالشك ولأجل هذا استثنى مالك بقوله: ما لم يتقادم كعشر سنين لضعف موجب الضمان ولو وجب محققاً ما سقط بهذا الطول، وهذا يدل على أن ربها أخذها. وشبه هذا من الاحتمال المسقط للضمان، وقال شيخنا: ظاهره سواء كانت الوديعة بينة أو اعتراف.

وفي سماع ابن القاسم: سئل عن الوديعة يقر بها الذي هي عنده دون بينة عليه لهذه الأمور وجوه. أرأيت لو مر عليها عشرون سنة ثم مات ثم قام ربها يطلبها ما رأيت له شيئاً وكأني رأيت له: إن كان قريباً أن ذلك له وهو رأي لو كان لها سنة وشبهها ثم مات في طلب الذي أقر له لرأيتها في ماله. ابن رشد: وهو كما قال إن من أقر بوديعة ولم يشهد عليه بها ثم مات ولم توجد، لا شيء عليه إن طالت المدة لأنه لو ادعى ردها في حياته قبل قوله بيمين، وبعد موته يحلف الكبير من ورثته لا يعلم لها سبباً، وتفرقته بين القرب والبعد استحسان، وجعل الطول عشرين سنة أو عشرة في موضع آخروالقياس عدم الضمان ولو لم تطل المدة، وجعل السنة هنا قريباً.

وفي آخر الشركة: السنة كثير، فقيل: اختلاف، وقيل: لا، وهو الصحيح لأن الشريك له التصرف في المال وليس للمودع التصرف في الوديعة. وأخذ ابن سهل وغيره من قولها: إن من تصدق على ابنه الصغير بثياب وصفها وأراها للشهود وحازها لابنه ثم مات ولم توجد في تركته أنه يقضى لابنه بقيمتها في تركته. وعن ابن زرب: لا شيء له إلا أن تقوم بينة أنه باعها بعد سنة، وفرق

(1) كتاب في الفقه المالكي، ذكره ابن فرحون في الديباج المذهب 1:195.

بينها وبين الوديعة باحتمال بيع الأب هذه العروض من قبل السنة وهذا الشك يمنع من تضمينه، وهو اعتلال ضعيف، والصواب أنه كالوديعة.

وفي سماع أبي زيد: من هلك وقبله ودائع ولم يوص فتوجد صرر فيها مكتوب وديعة فلان بن فلان وهي كذا وكذا فتوجد كذلك ولا بينة إلا هذا فلا شيء له فيها لعله دفع لأهل الميت دراهم حتى كتبوا فوق هذه الصرة. ابن رشد: لا يقضى بها لمن وجد عليها اسمه إن لم تكن بخطه ولا بخط المودع. وفي سماع عيسى: إن لم يعلم خط من كتب عليها لم يقض بها، وإن كانت بخط مدعي الوديعة فعن أصبغ أنه يقضى له بها مع كونها في يد حوز المستودع. وعن ابن دحون: لا يقضى له بها لاحتمال أن يخرجها له بعض الورثة ويكتب عليها وأخذ منه جعلاً.

وفي النوادر عن أشهب: من قال عند موته قراض فلان أو وديعة في موضع كذا لم توجد حيث قال فلا ضمان عليه ومن بعث معه بمال لرجل في بلد ففي المدونة إن مات في الطريق ضمنها وإن مات بعد الوصول حلف ورثته إن كان فيهم كبير ما يعلم له شيئاً وعكس في كتاب ابن المواز، وعن أشهب يضمن. اللخمي: يحسن تضمينه بموته في الطريق إذا مات بعد قبضها وهي عين ومثله يتصرف في الوديعة. عياض حمل الأكثر قول أشهب على الخلاف وحمله حمديس على ما إذا تقاول الذي يجري على أصله في القرب أن يضمن، فهي خمسة أقوال على عد التأويل قولاً.

وسئل [211 أ] المازري عن رسم مضمنه أن قاضياً شهد عنده رجل بأن فلاناً أقر بمحضره أن أهل بلد قالوا له: إن أردت الخروج إلى بلد كذا فأودع الصرة واخرج. قال: فأودعتها عند فلان إلى آخره ولم يكمل الرسم في السؤال.

فقال: ليس في شهادة الشاهد منفعة لصاحب الوديعة إلا قوله اعترف أنه أودع وقد رجع الشاهد عنها فسقطت، لكن حكى عنه أنه بعث بثلاثة دنانير إلى أهله من الدنانير المذكورة وهذه تلزمه مع ثبوت عدالة الشاهد، وعذر في اضطرابها فيحلف صاحب الوديعة إن ادعى العلم بصحة الشهادة. وأما اختلافها

هل أذن في السفر بها أم لا؟ فمذهب ابن القاسم أن القول قول رب الوديعة، ومذهب أشهب أن القول قول المودع إن لم يعلم قبضه للوديعة إلا بقوله إذ لا يؤخذ أحد بأكثر مما أقر به، ولعل القاضي يصلح بين الخصمين لأجل الاختلاف وإلا حكم بالصحيح عنده من القولين. وأما من شهد أن صاحب الوديعة كان يسأل عن المركب الذي كان فيه المودع فليست بمستقلة حتى يشهدوا بأن صاحب الوديعة علم أنها السفرة التي وقع فيها النزاع. وقد حكى غيرهم بأن المودع قال: لم يخرج هذا المال من يدي إلى أحد وهذا يقبل فيه، لكن تناقضه شهادة الأول: إني أودعت هذه الصرة عند فلان، فيسأل عن اختلاف هذا القول: فإن قال: أودعتها لغير عذر ضمن وإن ذكر عذراً نظر فيه، وهذا إذا ذكر أن الصرة هي المختلف فيها وإلا ففي لفظ الشهادة اختلال وإن كان السياق يقتضي أنها هي.

قلت: ما أشار إليه من اختلاف قول ابن القاسم وأشهب هو تبعيض للدعوى فابن القاسم بعضها، وأشهب لم يبعضها، وهو أصل مختلف فيه في الوديعة والقراض والحدود والغصب وغير ذلك. وقد وقع في بعض مسائل هذا الأصل ما يوهم اختلاف قول ابن القاسم وأشهب، مثل قوله: هذه الجبة لفلان وبطانتها لي، وهذا الخاتم لفلان وفصه لي، وفي القذف عكسه عن أشهب. والله الموفق للصواب.

وسئل عمن ادعى على رجل أنه أودع عنده قمحاً وفولاً في زمن ماض وقال: بيني وبين ولده خصومة، فإذا أردت طلبه قام علي ولده وقال: حتى نفرغ من خصومتي، وأنكره المطلوب وقال: تقدم غلاء الشعير والطالب فقير ولم يقبل شيئاً حتى جرت الخصومة بينه وبين ولدي، واعترف الطالب أنه لا خلطة بينه وبينه ولكن بينه وبين ولده.

فأجاب: الدعوى في الوديعة المعترف فيها تطرق الشبهة فإن أتى المدعي بوجه يليق ويشبه توجهت اليمين، وإن لم يشبه ولم تكن انتفت اليمين.

وسئل ابن مشكان عمن هلكت زوجته وتركت أثاثاً وحلياً وجهازاً وغير

ذلك من صداقها وغيره وتركت ابنتين صغيرتين وأباها فتصدق أبو الزوجة والزوج بما لهما من الحق على الابنتين وقبل ذلك الزوج لابنتيه وحاز لهما ذلك وأضاف لهما الزوج من مال نفسه ولم يذكر الصداق ولا أسقطه وكملت وثيقة الصدقة ثم أخرج الأب إحدى البنتين ببعض الجهاز ثم توفي وأعدم بعض تلك الأثاث ولم توجد، فهل تطلب تركته بما عدم أم لا؟ وهل يلزم الورثة يمين أنهم ما استهلكوا شيئاً منها ولا كتموه أم لا؟ ولم يدر لها مخرج إلا أنها لم توجد ولم تجهز الأخرى.

فأجاب: ينظر في هذا فما غلب الظن عمل عليه من اتباع ذمة الأب أو إصرافه لبعض أولاده أو كلهم ويجتهد [211 ب] في ذلك وينظر في الورثة بمثل هذا من إظهار تهمة فيحلف أو براءة فينبغي اليمين.

قلت: يقرب من هذه المسألة إذا أنفق على ولده ولهم عروض أو عين ثم مات وأوصى أن يحاسب أو لا ووجدت أو لم توجد. وقد تكلم عليها ابن رشد في طلاق السنة، وابن يونس في إرخاء الستور. وأول المسائل المضافة لطرر ابن عات فتأمل في ذلك الموضع.

وسئل البرقي عمن توفي وقد أوصى بوصايا وفيها أنه وضع تحت يد زوجته في صندوقه أسباباً ذكرها ثم ثبت أن الزوجة كانت محجورة في حجر وهي لها ثم ثبت رشدها بعد عامين من هذا وطلب الآن الورثة الانفصال في تركة الميت فاعترفت بالأسباب وأنها باعت شيئاً في حال حجرها وضاع شيء آخر حينئذ وباعت شيئاً آخر بعد رشدها، قالت: وكل ما ضاع أو بعته في زمن حجري فلا يلزمني منه شيء وهو كان عالماً بحجرها حينئذ دفع إليها وكيل له مفوض إليه بعض ما كان يقتضيه فأقرت به وذكرت أنها أتلفته أيضاً. واستظهر الوكيل بشاهد على الميت أنه أذن له بدفع ما يقتضي لهذه الزوجة ويبرأ بذلك فهل يلزمها شيء مما أتلفت أم لا؟ وهل يلزم الوكيل ما كان يدفع إليها بعد موجبه أم لا؟.

فأجاب: إذا ثبت ما ذكر فإن الزوجة تحلف على هلاك ما ادعت هلاكه في

زمن سفهها إن كانت من أهل التهم فإن حلفت برئت وإلا توجه عليها الحق. وما دفع الوكيل فإذا ثبت دفعه لها بمعاينة بينة بريء إذا كمل العقد باليمين، وإن لم تعاين البينة الدفع لم يبرأ.

قلت: هذا جار على أصل ابن القاسم من سبق عليه التحجير فلا يزيله إلا إثبات الرشد والإطلاق من حاجره أو القاضي. وعلى قول مالك إذا ظهر الرشد فيبنى عليه مثل الأب، وكان ظاهر هذه الرشد فتحمل عليه. وقد مال إليه ابن رشد في أقواله في محجور قدمه القاضي على يتيم ثم تبين بعد زمان أنه محجور، وهذا إذا لم يكن يعلم حاجره، وإن كان يعلمه حمل على أنه رشيد في بيعه وشرائه وما شافهه أو علمه من أفعاله بمنزلة إذا أطلق يده في بعض التركة لكن في هذه المسألة هي وديعة من الزوج لمحجور، فينظر فيها.

وسئل البرجيني عمن أودع صرة من موضع إلى سوسة ثم جاء وزعم أنها ضاعت وذكر لذلك حجة فاستظهر رب الصرة برسمين تضمن أحدهما أن المودع اعترف أن الصرة كانت في خرجه فلما وصل لسوسة وفرغ من التفتيش عليه افتقدها فلم يجدها وبحث عنها فلم يجد لها أثراً واعترف أنها لرب الوديعة وأنه لا يعرف قدرها ومضمن الآخر أن المودع اعترف أنه لما أخذها قال: أخاف من أرباب الزكاة، فقال ربها: احفظ واعمل فيها ما أراك الله، قال: فجمعتها من باجة لتونس في خرجي ومن تونس لسوسة في جيبي فلما وصلت لسوسة افتقدتها فلم أجدها فلم يلزمه غرم ما ثبت عليه أولاً لادعائه فيه أنه فوض إليه وأنكر الآخر ذلك.

فأجاب: المودع مأمون إن فعل ما يجب عليه من الحفظ وجعلها في خرجه مع متاعه تصديقاً لها على العرف ونقلها منه إلى الجيب هو دون الأول في الحفظ، واعتلاله أنه خوف من الزكاة بزعمه غير صحيح لأن طلبها إنما هو عند سوسة لا في مسافة تونس من سوسة فقد نقل المودع الوديعة من الصون إلى غيره هذا لو ثبت صحة اعتلاله وانتهى.

وأجاب أبو الحجاج يوسف بن أبي العرب: لا يلزم للمودع غرم ولا يضره نسيانه الوقت الذي عملها فيه في جيبه ولا الموضع ويحلف إن اتهم.

قلت: حفظ الوديعة في الخرج مثل وضعها في صندوقه كما قال في المدونة فيه، ومسألة وضعها في الجيب قد تقدمت ولا شك أنه في عرف المغاربة حفظ أموالهم، وأما كون أحدهما أحرز من الآخر فهو خلاف في شهادة فإن كان المودع ممن له حرمة حتى لا يتعدى إليه بالتفتيش في السفر ولا [212 أ] عند العاشر لكان جيبه أحفظ من خرجه وإن لم تكن له حرمة فيترجح الأمن في المسألة.

ونزلت مسألة وهي أن رجلاً أبضع معه متاعاً إلى الإسكندرية فلما وصل إليها جعلها في وعاء غير وعائها لكي يسلم من العاشر وربما أخفاها أو أودعها حتى يخرج إليها في وقت غير وقت دخوله فعثر عليها العاشر فأجاحها، فأفتى شيخنا بضمانه إياها لأن المكوس دخل عليها المودع وطلب إخفائها منه يعرضه فهو متعد في ذلك.

وفي النوادر عن ابن عبد الحكم: إذا قال له في الوديعة اجعلها في تابوتك ولم يقل غيره لم يضمن إن أقفل عليها. اللخمي: السارق يقصد التابوت ولم يكن عليه قفل لأنه يرفع فيه فلا وجه لزيادة الأطماع. كما لم يضمن ابن عبد الحكم. ولو قال: لا تقفل عليها فقفل قفلاً ضمن لأنه أطمع السارق. ولو قال اقفل قفلاً فقفل اثنين فلا ضمان. ابن يونس: لأنه أطمع بقفلين فيجب الضمان وخالف في القفلين، وخالف اللخمي مطلقاً، فهي ثلاثة أقوال. ولو قال: اجعلها في سطل فخار وقلّة فخار فجعلها فيهما من نحاس ضمن. والعكس لا يضمن. اللخمي: ولو قال: اجعلها في هذا السطل فجعلها في مثله لا يضمن والأصغر إبراء والأكبر زيادة في الإطماع.

وسئل بعض الفقهاء عمن هلك في سفر فدفع ماله لبعض من معه وأمره أن يمكنه لبعض الورثة هل له ذلك أم لا؟ وهل يباح للآخر أن يفعل ما أمر به أم لا؟.

فأجاب: إن قصد اختصاص المدفوع إليه بالمال فلا يحل ولا يجوز للمدفوع إليه فعله، فإن فعل ضمن لبقية الورثة أنصباءهم وإن قصد أن يكون

الوارث بيده لأجل أن الباقين مولى عليهم فهذا يمكنه وحده، وإن لم يكونوا مولى عليهم فلا يباح له التحجير عليهم في ميراثهم منه، فإذا وصل إلى هذا الموداع المال وكان ببلد أمن ودعة فلا يخرجه بغير إذن الورثة، فإن فعل وهلك ضمنه.

وسئل أبو محمد عمن أوصى عند موته في سفره بدفع مال إلى زوجته دون غيرها من ورثته.

فأجاب: إن قصد إيثارها عليهم فلا يجوز وهو لجميع الورثة، وإن قالت الزوجة: إنما أمر بدفعه لي لأنه دين لي عليه فعليها البينة، وإن أراد الرسول السلامة دفعه للقاضي فهو ينظر فيه. فإن شهد عدول أن لها قبله ديناً فيسعه الدفع إليها وإن ذكر الميت ذلك فيسعه الدفع في ما بينه وبين الله وإن خشي المطالبة به نفعتها شهادته لها قبل دفعه وتحلف معه وإن دفعه ردت شهادته وكان ضامناً.

قلت: ولا يدخل الخلاف في شهادته من مسألة إذا دفع الرسول البضاعة وادعى المدفوع إليه أنها صلة وصدقه الرسول، فابن القاسم يقول: هو شاهد وأنكر ذلك أشهب لأنه في مسألة المدونة وافقه على أنه أمره بالدفع وإنما خالفه في صفة الدفع وهنا لم يصدق الورثة الدافع في الأمر بالدفع فلذلك قال: يضمن إذا ذكر ذلك بعد الدفع لأنه يدفع عن نفسه الغرم.

وسئل سحنون عمن مات في طريق مكة فأوصى لرجل أن يبلغ ماله إلى ورثته بالأندلس فأخذ طريق صقلية فتلف المال، هل يضمن أم لا؟.

فأجاب بأنه يسأل أهل المعرفة فإن قالوا إن الطريق التي سلك عليها أكثر بلاء وأعظم خطراً ضمن.

قلت: مثله إذا حلف بالمشي إلى مكة وهو بالأندلس أو صقلية فحنث هل يسافر في البحر للإسكندرية أو يترك في أقرب البر المتصل إليه وهو يجري على الحكم بالعوائد والأمن والخوف فيفيد عموم اللفظ بالعرف أو موضوع اللغة وهو الوصول فحيثما وجد فهو الواجب، والله أعلم.

وسئل السيوري عمن بعث معه بمال يشتري متاعاً فقدم من سفره فزعم أنها ضاعت. فسئل عن وجه ضياعها ولم يضع له ولا للرفقة شيء إلا هي؟ فزعم أنه خرجت عليهم خيل فأخذتها من طرق ردته وهي بين جسمه وثيابه فحملها في الخرقة الملفوفة فيها فسقطت من يده ولا شعور له بكيفية سقوطها ولم يتوض ولم يشتغل بنوم ولم يكن وقته، فهل يلزمه ضمان أم لا؟ وإذا قيل بالضمان فهل يقبل قول ربّ المال في عدده ووزنه إن ادعى المودع الجهل أم لا؟ وقد شهد عدول أن العادة المستمرة القديمة أن الوديعة من العين ونحوها شأن المسافرين جعلها تحت إبطه أو منطقته وفي وسطه أو محروزاً عليها مربوطة بذراعه وأن كونها في ردته أو عمامته أو يده من...[1] لا شك عندهم [212 ب] في ذلك وشهد خمسة من الرفقة غير عدول أن سفرتهم كانت بمحل أمن لا خوف عليهم بحيث لم يدخل على الرجل دهش بوجه ولم تخرج علينا خيل بوجه العادة التي ذكرت إذا كانت مستمرة لا تخفى فعليه الضمان[2].

قلت: إنما ضمنه لما تقرر أنه من العادة وإلا فقد تقدم أنه إذا شدّها في وسطه أو جعلها في يده فهو حرز، وإذا تقررت العادة جعلها في طرف عمامته أو ردّته كما هو عندنا اليوم في بعض البادية والقبائل فهو حرز أيضاً. وما ذكر من شهادة الشهود في السؤال، إذا لم تكن لهم جرحة ظاهرة فالصواب جواز شهادتهم كما اختاره ابن رشد في نوازله وهو مذهب ابن حبيب في السفر كهذه النازلة، وقول مالك في المسلوبين وأصحاب السفن والنساء في المآتم وشهادة الصبيان في الجراح واللوث الموجب للقسامة على أحد قوليه في الجميع لأنها ضرورة، وكذا عدول كل قرية منها عند بعض الأندلسيين إذا كانت بعيدة عن بلد القاضي نحو الثلاثين ميلاً فأكثر ونحو هذا. وفي هذه المسألة قد تبين كذبه بشهادة هؤلاء فيضمن بكل حال.

وسئل أبو محمد عمن كتب لمن له عنده وديعة: ادفعها لمن يوصل كتابي

(1) كلمة غير مقروءة بالأصلين.

(2) كذا وردت الفقرة بالأصلين.

إليك فوقع الكتاب من الرسول فأخذه آخر وقبض له الوديعة، هل يضمن المودِع أم لا؟.

فأجاب: إذا ثبت أنه خطه وعرفه من عنده الوديعة فلا شيء عليه، وكذلك إن كان لفظه ادفعها إلى حامل كتابي إليك أو للموصل كتابي إليك فلا شيء عليه ولا يمين. . .[1] موصل الكتاب أو الموصل كتابي إليك فلم يتعد، وأما لم قال ادفعها إلى رسولي يضمن إن دفعها لموصل الكتاب.

قلت: أما عدم الضمان فلأنه جنى على نفسه حين لم يذكر اسم الرسول فأشبه من عوّض عن صدقته ظناً أن ذلك يلزمه. وعلى أحد القولين إذا أقر بجناية تحملها العاقلة تظن أن ذلك يلزمه فدفعها. وأما ما ذكره من الضمان في لقط الرسول فيجري على الخلاف في المجتهد يخطىء هل يعذر بخطئه أم لا؟ ومنه مسألة إذا أنفق التركة على الأيتام أو اشترى قسمة موصى بعتقها ثم طرأ دين مستغرق التركة ففي ضمانه خلاف. وكذا إذا مات الموكل أو عزل وكيله فدفع الغريم للوكيل قبل علمه بالعزل أو بالموت، وفيه خلاف وتفصيل أيضاً. والصواب في الجميع عدم الضمان لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر واحد» فأثبت له الأجر مع الخطأ ولم يقل إنه يضمن ما أتلف بخطئه. وإن كان جاء في بعض مسائل الدماء خلاف هذا، فهذا الصواب والله أعلم.

وسئل أيضاً عمن أودع وديعة أو نحوها وقال: إذا أتاك رسولي بأمارة فادفعها له ففعل ثم أنكر رب المال البعث وأقرّ الرسول وقال ضاعت، فقال: القول قول ربّ المال ويحلف وله تضمين أيهما شاء. وقد اختلف إن أقر المودِع فهل له رجوع على الرسول أم لا؟ واختار إن كان حين دفع إليه مصدقاً له فلا رجوع وإن لم يعلم صدقه فله الرجوع.

قلت: في العتبية روى يحيى بن يحيى عن ابن وهب في المودَع يأذن له ربّ الوديعة أن يدفعها لمن جاءه بأمارة ذكرها له فجاء بها فدفع إليه المال ثم

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصلين.

مات ربه وقام ورثته على الرسول الذي قبض بالأمارة فقالوا: ما صنعت به؟ فقال: صنعتُ ما أمرني به ربي. قالوا: وما الذي أمرك؟ قال: ليس عليّ أن أخبركم. قال: يحلف الذي صنع به ما أمره به ويبرأ. قاله ابن القاسم.

قلت: كذا نقلها ابن يونس، وزاد ابن رشد في الرواية: لا يعلم الأمارة إلا هو، وإنما قبل قوله في المدفع بالأمارة في الرواية لأنه صدقه [213 أ] فيها الورثة ولو كذبوه في ذلك لقبل قولهم كما قال في جواب المسألة. واعترضها ابن رشد من وجه آخر وقال: كان القياس أن يُقبل قول القابض بالأمارة في ما أمره الميت بالتصرف فيها ولا يصدق أنه فعله إلا ببينة إذ من الأشياء ما يقبل قوله فيه في المصرف، ومنها ما لا يقبل إلا بالبينة فعليه بيان ما أمر به الميت حتى ينظر فيه إلا أن تأول رواية أن قبض المال بالأمارة لا يعلم إلا منه فيأتي للورثة فيقول لهم إن أباكم أمرني أن أقبض مالاً عند فلان بأمارة أعلمني بها فقبضته وصنعت به ما أمرني أبوكم فليس عليه أن يبين هذا إن لم يعلم إلا من قوله فيقبل قوله في المصرف إذ لو شاء أن لا يقرّ بشيء لفعلَ ولم يتكلم في الرواية ولا في الجواب. هل يدفع المودع بهذه الأمارة إذا علم صحتها أو لا؟ وظاهر سياق الرواية أنه يدفع. وفي وثائق الجزيري: لا يجوز دفعها بأمارة المودع أو بكتابه، فإن فعل وأنكر المودع حلف وضمن المودع مثلها أو قيمتها.

ودليل المدونة لا يدفع إلا بعد ثبوت بينة على الأمارة وعلى الدفع بها في قوله في السلم الثاني: ذلك القبض ما أسلم فيه وكيلك بغير حضرته ويبرأ دافعه إليك إن كان لك بينة أنه لك أسلمه، وإن لم يكن دفع إليك ببينته فالمأمور أولى بقبضه منك، وإليه نحا القابسي أنه لا يمكن من القبض بإقراره. قال: ولا يكون شاهداً لأنه يريد براءة ذمته. ونحوه في كتاب ابن سحنون عن ابن يونس وعن بعض أصحابنا أنه يؤمر بالدفع له فإن جاء وافقه بريء وإلا غرم له ثانية. وعن بعض القرويين: إن شهادته في هذا جائزة لأنه لما حل الأجل لو شاء أن يدفعه إلى السلطان لفعل بخلاف شهادته في مال الغائب لبقائه في يده.

قلت: كذا في مسألة الوديعة إن كانت بأجل ولم يحل ولو لم تكن بأجل لكانت مثل الأول فتجري عليه.

وكذا في علمي حكى في نحو هذه المسألة ابن سهل عن المفتين في من أثبت ديناً على غائب فأقر رجل بوديعة لغائب هل يحكم عليه بدفعها أو لا؟ وكذا مسألة الوكالة إذا علم الذي عليه الحق بعزل الوكيل هل يجبر القاضي على دفع الدين للوكيل أو لا؟ في ذلك خلاف أيضاً حكاه ابن يونس في الوكالات وقد مر هذا الأصل في غير هذا الكتاب.

وعن ابن أبي زيد: في صبي في رفقة بيده مال خاف اللصوص فدفعه لبعض أهل الرفقة يحصّنه ثم زال الخوف فرده للصبي فإنه يضمن المال لأنه رده لمن لا يجوز أن يعطاه.

قلت: في العتبية من سماع عبد الملك بن الحسن عن أشهب: في من أتى لرجل يستودعه مالاً فقال له الرجل: ادفعه إلى عبدي هذا، فدفعه إليه فاستهلكه فقال: هو في ذمة العبد، قيل: فإن غره السيد من العبد؟ قال: ليس عليه إلا ما قلت لك. ابن رشد: ولا يكون ذلك في ذمة العبد إلا أن تقوم بينة باستهلاكه، قاله ابن عبد الحكم وهو صحيح. وقيل: السيد ضامن إذا غره، على الخلاف المعلوم في الغرور بالقول. وإذا ضمن السيد ذلك على هذا بيع عليه العبد وغيره من ماله. وتقدمت مسألة من خان من اللصوص فدفعها للذي جاءه أو ألقاها في شجرة وأنه لا ضمان على الجميع فيها.

وسئل اللخمي عمن أودع عقد جوهر لامرأة فجعله في تابوته مع متاعه فبعث التابوت وضاع بعض ما فيه وسلم العقد فجعله في حائط من المخزن الذي كان به وسوّاه وطيَّن عليه قصد الحفظ ثم طُلِب بعد ذلك فلم يوجد فهل يضمن أم لا؟ وإذا وجبت نفقة في طلبه فهل هي على صاحب الوديعة أو المودع؟.

فأجاب: فعله أولاً جائز لقصده الحفظ وينظر في هذه المواضع الذي له المال ويكشف عنها، فإن قال الناس لا شيء فيها لعدم الإشكال فيها غرمها المودع لأنه تبين كذبه وإن قيل إنه قد يخبّى في تلك المواضع فلا يقطع فيها بشيء فلا شيء عليه إلا أن يكون العقد له ثمن كثير أو أراد ربّ الوديعة هدمه ويعيده من ماله فله ذلك، فإن لم يوجد فيه بعد النقض غرمه المودع [213 ب] ولا يلزم الآخر إعادته.

قلت: قوله: فعل ما يجوز له لأن التابوت مما تجعل فيه الوديعة كالصندوق وكذا وقع في الرواية. وأما دفنها ففي نوازل أصبغ من استودع وديعة فدفنها في بيته أو بموضع، فلما طلبها صاحبها قال له المستودع: والله لا أدري ما فعلت وقتها حين دفعتها إلي فطلبتها فلم أقدر على موضعها ولم أصبه. قال: أراه ضامناً، هذا مضيع لا يدري حيث دفنها إلا أن يقول دفنتها في بيتي أو حيث يجوز أي دفنها في المواضع التي رأى أنه أحرزها فيها كما كان يحرز متاعه فيزعم أنه طلبها في ذلك الموضع فلم يجدها وقد أيقن أنه دفنها فيه فلا ضمان عليه فيها لأنه ها هنا بمنزلة ما لو سقطت منه أو جاء عليها تلف من غير ضيعته لأنه فعل في دفنه ما يجوز له إذا كان يحفظ الموضع الذي دفنها فيه.

وأما لو قال: دفنتها ولا أدري حيث، فهذا متلف لها مضيع فهو ضامن. ابن رشد: لم يعذره في هذه المسألة بنيان موضع الدفن ويدخل فيه اختلاف بالمعنى، هل هو محمول على العداء أو الغدر إذا جهل الأمر؟ هل يحمل على الغدر أم لا؟ انتهى كلامه. ولا يبعد أيضاً أن يجري على مسألة دفن المال في الزكاة، والأقوال هناك مثلها هنا وهي مثلها فلا نطوّل بذكرها.

وسئل عمن توفي وكانت عنده ودائع لمعلومين وأخرى لمجهولين مكتوب عليها «وديعة» فأخذها القاضي ودفعها لرجل تحت يده على وجه القهر منه ثم صيرها القاضي لأربابها ببراءة بأنها عند المودع وثبت ذلك في ديوان القاضي على كل ما قبض منه. أما المعين فأخذ أو بعث ببراءة في المجهول ليصرفها كما يجب. ثم عزل القاضي وجاء آخر فقام وارث الأول وطلب من هذا المودع المال وهو لم يدفعه إلى القاضي وصرفه كما ذكر هل يلزمه ضمان مع أنه مكره أو لا؟ وكيف إن جاء أحد من أصحاب الودائع المجهولة وأثبت فهل هذا غرم ما خرج على يدي القاضي أم لا؟ وكيف إن اشترى ببعض هذه الودائع صنيعة ليتيم ثم قام الوارث البائع وأثبت أن القاضي غصب البائع حتى باع هل يرجع على الرجل الدافع أم لا؟ وعلى من تكون عهدة المبتاع في الثمن؟.

فأجاب: لا ضمان على مودع القاضي إذا ثبت ما ذكره لأنها في أمانته لا

في ذمته ولا يتهم القاضي أنه قرّبه ممن هو في يده لأن العادة تنفي ذلك وإن ثبت ببينة عدلة أن القاضي غصب البائع في البيع فلورثته القيام وأخذ الضيعة ممن كانت بيده، ثم إن كان قبض الثمن أخذ من تركته، وإن شهدت بينة أنه غصب على أخذه ثم أخذ منه فلا يغرم ولا يؤخذ من تركته ولا مطالبة على المودَع في شيء من ذلك.

قلت: أما عدم تضمين المودع فلأنه أمين ولا علم له بشيء.

وفيها: من غصب شيئاً وأودعه فهلك عند المودَع فليس لربه تضمين المودع إلا أن يتعدّى. وسئل بعضهم عن قوله وأما الأجير والعبد فعلى ما أخبرتك. فقال معناه إن كان يدفع له مثل الخادم والمرأة.

قلت: الذي في التهذيب: ومن أودعته مالاً فدفعه إلى زوجته أو خادمه لترفعه في بيته ومن شأنه أن يدفع له لم يضمن ما هلك من ذلك، وهذا لا بد منه. وكذلك إن دفعه إلى عبده أو أجيره الذي في عياله أو رفعه في صندوقه أو بيته ونحوه لم يضمن ويصدق أنه دفعه إلى أهله أو أنه أودعه على هذه الوجوه التي ذكرنا أنه لا يضمن فيها. وإن لم تقم بينة فهو شبه العبد والأجير، فالزوجة من غير شك. وأخذ منه ابن عتاب أن من وضعت على يديه جارية للاستبراء فيقول قد حاضت أخبرتني بذلك جاريتي أو زوجتي أنه يقبل قوله وذلك جائز، وقاله فضل. وفي المدارك قولان. إذا أودعت المرأة زوجها ما وضع عندها من الوديعة ذكره في فصل التعريف بالصواب ابن يونس[1] عن بعض أصحابه لأن من شأن الناس الدفع لهؤلاء من غير إشهاد فهو الشرط فإن دفعه إلى زوجته فأنكرت أن يكون دفع شيئاً أحلف إن كان متهماً وإلا فلا يمين عليه. ويظهر لي أنه يحلف متهماً كان أو لا، لأن ربها يدعي تكذيبه لقوله رددت الوديعة إلى ربها وينكر ربها فيحلف متهماً كان أم لا، فإن أحلف لكونه متهماً كان أولى لأن ربها يدعي فنكل عن اليمين غرم. فإن كان عديماً فلربّ الوديعة أن يحلف زوجته متهمة كانت أو لا لإقامتها مقام زوجها في يمينها كما يتبع الإنسان غريم غريمه

(1) كذا بالأصلين.

ولو لم يُبِنْ لزوجته أو لجاريته بماله [214 أ] فرفع الوديعة عندهم ضمن وليس له اختبارهم بمال غيره، وهو ظاهر الكتاب.

وعن محمد: ولو لم يكن شيء من هذا ورفعها عند غير من يكون عنده ماله لضمن. وعن أشهب يضمن إذا أودع الوديعة عند زوجته وما ذكر معها بخلاف ما وضعه في بيته وصندوقه ونحوه فمنهم من قال: هو خلاف، ومنهم من حمله على الوفاق بما إذا لم تجر عادة بدفعه إليهم. ومنهم من حكى عنه الخلاف في غير الزوجة لا فيها، انظرها من أول مسألة من شرح العتبية من الوديعة.

قال: وقول ابن القاسم إذا اختلفا عند من تكون الوديعة إلى آخره معناه إذا لم يدفعها ربها إلى أحدهما. فإن دفعها كانت بيده دون الآخر، ومعنى قوله دفعها للسلطان، إذا لم يخف ظلمه.

وسئل: أبو الحسن عمن أرسل في إخراج قسط من حائط فيه دراهم وحجر عليه أن لا يخرج إلا بحضرة صاحبة الدار ويدفعه إليها فأخرج ونقصت دراهمه فقال دفعته مطيَّناً وإن شهدت على التي دفعته إليها أنه مفتوح أخذته وغرمته، فقالت: دفعته إليّ مفتوحاً فقال: أظن الناس فتحته ولم آخذ شيئاً، فهل يضره اختلاف قوله أم لا؟.

فأجاب: ليس في قوله ما لحق أنه اختلاف لاحتمال استدراك شيء نسيه ونحوه. وكذا قوله أظن الناس فتحته لم يكن فيه دليل على أنه فتح بعده فما أرى عليه إلا بينة أنه ما اختان شيئاً منه.

ابن عات: إذا توفي مقارض ببلد فأثبت رجل أنه يعلم شريكاً له ولا يعلم انفصاله عنه ولم يجد الشركة ولا يعلم صورتها، وأثبت آخر أنه وجد معه في تلك السفرة متاعاً. وآخر أنه باع له متاعاً يسيراً وثبت لناس قِبَله دين وله عقار ببلده.

فلابن رشد: الذي أراه في ذلك أن يصدق الذي أثبت إقرار... [1] أنه

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصلين.

وجد معه في تلك السفرة متاعاً في صفة المتاع مع يمينه على ذلك في مقطع الحق إن ادعى من ذلك ما يشبه فيكون له في ماله قيمة. وكذا من أثبت أنه باع متاعاً يسيراً يصدق في مقدار اليسير الذي أقرّ له به مع يمينه على ذلك، ويحلف الذي ثبت لهم الدين بما يجب به الحلف على من أثبت ديناً على ميت فيدخلون مع أصحاب البضائع في ما بيده من المال وفي ما له من العقار. وأما الذين شهدوا للرجل أنهم يعلمونه شريكاً للمتوفى ولم يجدوا الشركة ولا عرفوا صورتها فلا شهادة لهم إن لم يحققوا شيئاً يبينون به الشهادة ويحلف من كان من الورثة كبيراً مالكاً أمر نفسه أنه ما يعلم له شركاء معه في شيء مما بيده. وانظر في شركة المدونة والقراض.

قلت: أشار إلى مسألة من قال أقارضك على أن أكون لك شريكاً في المال فلا يجوز عند ابن القاسم وأجاز الغير وهو النصف. ومسألة الشركة في باب المفاوضة من أقام بينة أن فلاناً مفاوضه كان جميع ما بأيديهما إلا ما قامت فيه بينة أنه لأحدهما بإرث أو هبة أو صدقة عليه أو كان له قبل المفاوضة ولم يفاوض عليه فيكون له خاصة. والمفاوضة في ما سواه قائمة، فبعض أهل النظر جعل هذه مخالفة لأصل ابن القاسم في القراض موافقة لقول الغير فيه فأفتى ابن رشد على قول ابن القاسم في القراض ويجب على ما في الشركة، وقول الغير في القراض أن يحلف على أنه مساويه في الشركة أو قدر ما يدعي أنه أقل ويدخل به مع الغرماء. وفرق بعضهم بينهما بأن لفظ القراض فيه شرك وهو مصدر يقع على القليل والكثير فهو مجهول ولفظ الشركة أنها مفاوضة وهو اسم فاعل فيقع على النصف.

وكذا مسألة السلم الثالث: إذا ابتاع رجلان عبداً فسألهما رجل أن يشركاه فيه ففعلا فالعبد بينهم أثلاث هذا لفظها. وقيل له النصف وقيل الفرق بين أن يلقاهما مجموعين فالأول وإن لقيهما مفترقين فالثاني وجعل لفظ يشركاه تدل على اسم الفاعل. ومنهم من اعترض هذا الفرق وقال إن اسم الفاعل والفعل كلها مأخوذ من المصدر وهذا من أسماء الأجناس فكل ما ثبت فيه ثبت في ما اشتق منه فآلَ الأمر إلى أنه اختلاف قول، وما ذكره من بقية المسائل أنه يحلف

على ما يشبه هو مثل قول الغير في حمالتها: من قال لرجل بايع فلاناً أو داينه فما بايعته من شيء أو داينته به فأنا له ضامن لزمه ذلك إذا ثبت مبلغه. قال غيره: إنما يلزم من ذلك ما كان يشبه أن يداين بمثله المحمول عنه ويبائع به، فقيل خلاف وقيل وفاق لكن قوله إذا ثبت مبلغه يحتمل أن يكون تفصيلاً فلا يكون فيه حجة له، ويحتمل أن يثبت أصله إجمالاً فيكون فيه حجة له.

وكذا أفتى في وصي أنكر غلات ربع المحجور فإنه يؤاخذ بما جرت به العادة من الاغتلال بما يشبه، ولا يقبل قوله أن لا غلة له.

ونزلت بتونس وأفتى شيخنا [214 ب] الإمام فيها بما ذكره ابن رشد وحكم به. وهو رجل سافر بناحية بلاد المغرب بمتاع وقراض اشترى به متاعاً بتونس فوقع الحكم بعد ثبوت وفاته هناك أنه يؤخذ من ماله قيمة المتاع بالبلد الذي توفي فيه وبمال القراض مع ما يخصه من الربح بتقدير بيع متاع القراض هنالك بعد أن أثبت كل واحد من المطالبين المتاع الذي ثبت برسم أو مال القراض كذلك بعد أيمانهم للقضاء أنهم ما وصل إليهم شيء ولا احتالوا ولا أسقطوا وأن حقهم باق ونحو ذلك من موجبات اليمين المذكورة.

وفيه لبعض فقهاء الشورى: في من ادعى أنه أودع ثياباً عند رجل فأنكره ذلك ثم قامت عليه بينة أنه أودعه أحكاماً لا يعلمون ما فيها ويظنونها ثياباً أنه يسجن ويهدد فإن أقرّ بشيء حلف عليه وكان القول قوله وإن تمادى على أنكاره حلف صاحب الوديعة على ما يشبه أنه يملك مثله ويأخذه بذلك فالظالم أحق بالحمل عليه. وقيل: يحلف إذا لم تعين البينة شيئاً بعد أن يستبرىء أمره في السجن والتضييق عليه والتشديد إذا تمادى على الإنكار ولا شيء عليه، وبالأول القضاء.

قلت: هذه المسألة مبنية على مسألة من غَصَبَ أرضاً فشهد به الشهود ولا يدرون حدودها ولا يعرفون موضعها، ويتحصل فيه ستة أقوال تجري على ما أمكن فيها هنا، انظرها في سماع يحيى من الاستحقاق من الشرح.

وفي الطرر عن الأبهري: إن شهدوا على رجل بحق لا يعرفون عدده

فاليمين على المدعى عليه فإن أقر بشيء حلف عليه وبرىء لأنه إنما يحكم بإقراره لأن الشهادة لم يثبت بها حق يحكم به عليه لأن الشهود لم يعينوا شيئاً ولا حدّوه فهي مجهولة ولا يحكم بها. ولو قالوا: نشهد بدنانير لا نعرف عدّتها جعلته ثلاثة ثم حلف على شهادتهم وإن كانت دراهم فكذلك لأن الشهود قد بيّنوا بشهادتهم شيئاً معلوماً وهي الدنانير فأخذ بأقل ما يقع عليه اسم الدنانير لأنه أقل جمع دينار يعني الجمع الأظهر لا الجمع المعلوم بدليل وهو اثنان وحلف مع شهادتهم لجواز أن يكون أكثر من ذلك احتياطاً.

قال: وإن شهدوا أن قبله حقاً لا يدري كم هو حلف المدعى عليه وبرىء لأنهم لم يثبتوا حقاً معلوماً فيسقط حكم الشهادة وبقي حكم الدعوى التي لا شهادة معها وهو اليمين.

وإن شهدوا لرجل على رجل آخر بثمن سلعة باعها منه ودفعها إليه ولم يقفوا على مبلغ الثمن قيل له: أقر بما شئت مما يمكن أن يكون ثمناً للسلعة واحلف عليه، فإن أبى حلف المدعى عليه ما يشبه ثمن سلعته واستحق.

وفي الواضحة عن مطرف: في رجلين شهدا بدين وقال أحدهما: أشهدنا للطالب أنه قبض من هذا الدين شيئاً ولم يسمه وهو ميت أو أنكر، فجميع المال لازم له، ويحلف المنكر الحي ما قبض منه شيئاً. وإن قال: أشهدني أنه أقبض منه شيئاً سماه ونسيته أنه يترك حتى يقف على ما لا يشك فيه ثم يحلف المشهود عليه على الذي وقف عليه الشاهد. ولو أقر المطلوب به وجاءه بشاهدين على إقرار الطالب اقتضى منه شيئاً لم يسمه أنه يسأل عما تفاوضا ويحلف على ما يقول. وإن نفى ذلك كله قيل للغريم: إن عرفت ما هو حلفت وبرئت. فإن نكل أو جهل لزمه الجميع وبه أخذ ابن حبيب. وعن ابن الماجشون الشهادة ساقطة في المسألتين حتى يسمي ذلك الشيء، ولأصبغ مثله.

قلت: يقول مطرف من الاستبراء حتى لا يشك وفي ذلك أفتى ابن رشد انظرها من كلام اللخمي في الأيمان بالطلاق.

وفيه: لو قال ربّ الوديعة ألقِها في البحر والنار ففعل ضمنها في قول

بعضهم لنهيْه عليه الصلاة والسلام عن إضاعة المال كالذي يقول: اقتلني وولدي فيفعل.

قلت: وحكى ابن يونس في فروع آخر الجعل والإجارة في المسألة الأخيرة خلافاً فيتخرج في هذه مثلها.

وسئل ابن زرب عن امرأة تدفع في قطائع إلى رجل ليدفعها إلى من بيده البراءة فيدعي الدافع الدفع وينكره صاحبه، فقال: إذا توجه الذي بيده البراءة إلى الذي يقطع إليه بها فوجدت البراءة بيد المقطوع إليه قد دفعها صاحبه أو وكيله أو رسوله، فالقول قول الذي تُوجد بيده البراءة مع يمينه وهو بمنزلة الرهن قياساً عليه. وإن كانت البراءة دفعها الحاكم إلى غير الذي هي بيده مثل الشرطي الذي يوصلها إلى المقطوع إليه مثل البوابين والوكلاء ليدفعوا ما فيها إلى رجل اسمه في البراءة، فادعى الدافع أنه دفع إلى الرجل [215 أ] الذي اسمه في البراءة، والذي بيده البراءة ينكر أنه لم يدفعها إليه حتى أخذ ما فيها وإنما دفعها إليه الشرطي فيلزم الدافع أن يقيم البينة بالدفع وإلا فالغرم عليه بعد يمين صاحب البراءة أنه ما وصل إليه شيء ولا دفع إليه شيئاً ويأخذ حقه، فانظر ذلك.

قلت: مسألة الرهن التي أشار إليها هي إذا وجد بيد الراهن ويدعي أنه ما قبض الرهن حتى دفع الدين.

ومثله الوثيقة إذا وجدت بيد المدين ويقول: دفعتُ ما فيها، فعن مالك في ذلك روايتان حكاهما ابن رشد في شرحه، هل ذلك براءة له لكونه دليلاً على براءته أو لا تبريه لاحتمال سقوط الوثيقة أو اختلاسها، والرهن كذلك.

ومثل مسألة البراءة اليوم إذا وجدت براءة الجزاء في دين هو عليه هل هو براءة له أم لا؟ وكذا براءة أكرية المخزن أو مثل أن يأخذ وكيل جندي براءة بالإحالة على من عليه الجزاء أو الكراء أو يأخذ ذلك الجندي نفسه بلفظ قبض فلان، فانظر جريها على ذلك.

وعن ابن حبيب: إذا بعث القاضي مع رجل إلى قاض آخر بمال أشهد الرسول إيصاله إليه وإلا ضمن إن جحده القاضي المبعوث إليه أو مات أو عزل

ولم يعلم للمال موضع إلا أن يوجد في ديون الميت ذكرها أن قد قبضنا عن فلان ما بعث به فلان إلى القاضي من تركة فلان فيبرأ الرسول. وإن لم يوجد المال ولا عرف موضعه ميتاً كان أو حيّاً إذا قال في حياته إنه قد ضاع أو تجاهل موضعه.

قلت: معناه في المدونة لا يخرج على قول ابن الماجشون إذا لم يكن قبضه أنه يقبل قوله في الدفع بغير إشهاد، والله أعلم.

وفي القسامة عن محمد بن أحمد: كثيراً ما ينزل في أهل قرية يبعثون مغارمهم مع شخص مع صاحب المدينة أو غيرها ممن يعلم العلماء عدم تمكن الإشهاد عليه، فالرسول مصدق مع يمينه في الدفع له أو منع تلف البراءة التي دفعها القابض عوضاً من الإشهاد ويبرأ إلا أن يتبين كذبه ولا يضره إنكار المبعوث إليه.

قلت: ومثله ما ذكره اللخمي في السماسرة يدفعون السلع بغير إشهاد للعادة الجارية في ذلك، وكذا إن كان المرسل إليه ممن يعلم المرسل أنه لا يمكن الإشهاد عليه كالسلطان وشبهه فهو بمنزلة ترك الإشهاد.

وفي كتاب ابن سحنون: إن أقرّ أن لفلان عليه ألف درهم ثمن هذا العبد الذي في يديه فإن وافقه المقر له سلم العبد ولا شيء على المقر.

قلت: بعد يمينه على رد دعوى المقر له.

قال: ومن بيده عبد وبه عيب فأتى إلى رجل وبيده عبد آخر فقال: بعتني هذا العبد الذي في يدي والذي في يدك بكذا وقبضت هذا العبد وأصبت به عيباً، وقال الآخر: بعتك العبد الذي في يدك بغير هذا العبد ولا عيب فيه، أو الجارية في يديه وهذا العبد الذي في يدي بما ذكرت وقولهما يشبه تخالفاً وتفاسخاً عند سحنون.

قلت: فتجري هذه المسألة في الاختلاف في الكثرة أو القلة أو في الصنف. وفيها أقوال انظرها في السلم الثاني.

وسئل المازري عمن قدم من طرابلس وذكر أن أباه توفي منذ سنين كثيرة وأنه كان وضع عدلاً عند رجل توفي وأن رجلاً أخذه من تركته، قال: فسألته عن ذلك، فقال: دفعته لعمك، فقلت: ليس لعمي ما يقبض إذ ليس بوصي ولا مقدّم، ثم سئل عن ذلك فأنكر القبض والدفع لهم، فهل يتوجه عليه اليمين أم لا؟.

فأجاب: إن ادعى علم المطلوب وإن أقرّ أنه سلم ذلك لعمه تسلم عداء حتى يتوجّه الطلب به، فإذا ثبتت الوفاة وعدة الورثة كما يجب توجّهت له اليمين، وإن ادعى أنه اعترف بقبضه على غير العداء فينظر حينئذ في صفة الاعتراف.

وسألت شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ عمّن أودع رجلاً وثائق أشرية فضاعت. قال: لا ضمان عليه وهذا واضح. وإن طلبه صاحب الوثائق أن يشهد بما فيها فإن تحقق الملك جاز أن يشهد عليه وإن لم يتحققه وتحقق شهود الوثيقة وخطوطهم، فقال: كان شيخنا ابن عبد السلام ـ رحمه الله ـ لا يجيز الشهادة على الخط المذكور لأنه يفتقر إلى حضوره ليقع الإعذار على يمينه وهو غير موجود، يعني أنه مجهول العين فلا بد من حضوره لتقع الشهادة على [215 ب] يمينه. وقبل شيخنا المذكور هذا الكلام. ولو كانت الوثيقة عند البائع جاز خلفها وكذا لو كان شاهد الوثيقة على ظاهر ما قال فلو جحد الوثيقة ونكل عن اليمين إذا توجهت عليه وإثباتها يفتقر إلى غرامة فعلى الناكل ما يقرّ به صاحبها ولو لم يقرّ على إثبات الملك المبيع. فعلى الناكل قدر ما نقصت الدار من ثمنها لو ثبت ملكها. وحكم الصداق يجري على هذا إذا جحده الزوج أو غيره فلو أقام عليه شاهداً أنه رآه عنده، فتقدم ذكرها في أحكام ابن سهل.

وسئل شيخنا أبو القاسم الغبريني عمن أودع وديعة في سفر ركبه فتسلف من الوديعة بعضها ثم ثار على الركب لصوص فأخذوا جميع أحمالهم وحمل المودع معهم وفيه بقية الوديعة، ثم وصل لبلده وسأل هل يجب عليه ضمان كل الوديعة أو بعضها؟ فأفتى بأنه يضمن جميعها ثم أخبر بعد ذلك أنه لا يجب عليه

إلا ما تسلف فقط، فأراد الرجوع بما لم يتسلف فادعى عليه صاحب الوديعة أنه تسلف الجميع، هل يُقبل قوله في ما ذكر أم لا؟.

فأجاب: لم يذكر السائل صفة الوديعة ولا ما أودعت عليه، وقيل حسن السؤال نصف العلم، فإن كانت الوديعة عيناً مسكوكة وهي مصرورة فعمله على ما أجاب به السؤال للاختلاف في المسألة ويلقاه بالقبول لما أجابه به وللخلاف في الجاهل هل يعذر بجهله أم لا؟ فهو خلاف مركّب على خلاف فيضعف القيام به. وإن كانت مشورة فالذي عليه علماؤنا أنه لا يضمن إلا ما تسلف فقط. وقوله: لم يتسلف جميعها مقبول بيمينه إن ادّعي عليه تحقق سلف الجميع، وإن أراد الرجوع بما غرمه له مما لم يجب عليه شرعاً ويعرف مثله بالجهالة يحلف بأنه إنما دفعها له وهو يرى أن ذلك عليه لازم ويرجع فيأخذ ذلك منه.

قلت: لها نظائر من مسألة من عوض من صدقته ظناً أن ذلك يلزمه، ومسألة السلم إذا صالح من الدم من جميع الدية واعتقد أن ذلك يلزمه، أو دفع الكفارة لغني أو كافر أو عبد وظن أن ذلك جائز، وإذا أنفق الوصي التركة على الأيتام ثم ظهر دين، وهي في النكاح. وكذا في الوصايا إذا اشترى العبد الموصى بعتقه وأعتقه ثم ظهر دين فغاب العبد، إلى غير ذلك وقد تقدمت.

وأما العارية فهي بتشديد الياء منسوب إلى العار لأن طلبها عار. والعارة مثل العارية، وقيل: من التعاور وهو التداول ويحتمل أن يكون من عاره يعروه إذا قصده، ومن يقول إن العرية هي ما عرت من الثمن وتكون بغير عوض فكذلك يكون في هذه.

وحقيقتها في الشرع: فقال شيخنا مرة: هي إعطاء منافع مع بقاء حكم ملكه عليها، فيخرج الحبس لبقاء الملك لا حكمه، وقال مرة: هي مصدر تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض فيدخل العمراء والإخدام لا الحبس وأنها مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض. وقال ابن الحاجب: تمليك منافع العين لا بعوض وأبطل طرده وعكسه، ولا حاجة إلى ذلك.

وحكمها: **الندب** من حيث الجملة لأنها إحسان والله يحب المحسنين.

وبعوض وجوبها لغني عنها لمن يخشى بعدمها هلاكه كبعض مسائل ابن محرز في كتاب الصيد. وحرمتها لكونها معينة على معصية. وكراهتها لكونها معينة على مكروه، وتباح لغني عنها. والصواب كراهتها في حقه.

ومختلف فيها هل هي واجبة أو مندوب إليها كعارية الجدار لغرز الخشب وقد تقدم.

والأصل فيها عموم قوله تعالى: ﴿وَٱفۡعَلُواْ ٱلۡخَيۡرَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ۩﴾[1]، وقوله: ﴿إِلَّا مَنۡ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوۡ مَعۡرُوفٍ﴾[2]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «كل معروف صدقة» وقد استعار عليه الصلاة والسلام [2 أ] وأصحابه بعده[3].

والمعير: مالك المنفعة غير محجور عليه فيصح من المستعير والمستعير أهل للتبرع عليه ولا يعار ذميٌّ من مسلم.

وقال شيخنا: من صح نيله المنفعة أو عوضها. والمستعار منفعة مع بقاء العين.

وقال شيخنا: ما انتفع به مع العين. وفي ما ذكرناه كفاية.

ابن الحاج: اختلف في العارية على من حملها وظاهر الحديث أنه على المستعير لقوله عليه الصلاة والسلام لصفوان: «اكْفنا حملها» واختلف في ردها على قولين الأصح أنه على المستعير.

قلت: هذه المسائل لها نظائر وفي بعضها اختلاف منها لأبي حفص العطار: إذا باع سلعة لها حمل فحملها ثم تقايلا فإن سأل البائع الإقالة فالحمل موضعه عليه، وإن كان المشتري هو السائل في الإقالة فعلى المشتري حملها حتى يردها إلى الموضع الذي أخذها منه.

---

(1) سورة الحج، الآية: 77.

(2) سورة النساء، الآية: 114.

(3) إلى هنا ينتهي المجلد الثالث من المخطوط ب. نعتمد في هذه المرحلة الموالية ترقيم ورقات أول المجلد الرابع منه في تحقيق ما بقي من هذا الباب.

قلت: وعليه تجري مسألة تقع اليوم وهو إذا أقاله في أصل باعه إياه وقد كان دفع أجرة السمسار فمن طلب الإقالة فالأجرة عليه. قال: وأما البيع الفاسد فحملها أولاً وآخراً على المشتري حتى يردها إلى الموضع الذي قبضها منه. وكذا في وجود العيب الحمل على المشتري أولاً وآخراً وسواء دلس البائع أم لا، لأن المشتري له الخيار بالعيب أو الرد فإذا رد فعليه الحمل ولأنه كان حين قبضها منه دخلت في ضمانه فحملها عليه ولو كان على المدلس الحمل الثاني لكان عليه الأول ومحال أن يحمل ما هو في ضمان غيره.

قلت: لواحق التدليس في غرامتها خلاف منها رد السمسار الجعل. ومنها إذا أنفق على الحراثة في الزريعة الباطلة في التدليس، وإذا ماتت في الحمل وقد دلس به، ومسألة إذا دلس بالسرقة فسرق سيده أو اكترى مطمراً تسيس[1] ودلس بها أو تسطاً وهو مكسور فصب فيه الزيت والماء وأريق بسبب الكسر إلى غير ذلك.

وهذه المسألة في الحمل الأول منه قال: ومنها إذا أشركه في طعام فالكيل عليهما جميعاً لأنهما شرعا سواء متى أراد القسمة فالكيل عليهما وإن ولي طعاماً أو أقرضه فالكيل على المولى أو المقترض لأنه معروف فلا يزاد عليه أجرة الكيل. فإن شاء أن يقبض القرض فعليه الكيل وليس على الذي أقرض كيل لا في الابتداء ولا في الاقتضاء. ومن هذه المسائل أجرة الكيال في البيع، ومسألة نقض العمود في كتاب الغرر وجزّ الصوف المبيع وسقي الثمرة وإجارتها ونقض حلية السيف إلى غير ذلك. وفي الجميع خلاف مشهور.

وفي الطرر جذ العرية على صاحب الأصل كسقيه وجميع المونة والزكاة فإن ذلك عليه. وفي المجالس جلب الغنم الممنوحة على الممنوح، وكذا جذ النخل في العرية وعلى أربابها إسلامها فقط.

ابن الحاج: استعارت امرأة حلياً من أخرى فضاع فقالت صاحبته أعرته وقالت الأخرى استأجرته، فإن كان مثلها يكرى الحلي فالقول قول من ادعى

---

(1) كذا بالأصلين.

الأجرة وإن كانت ممن لا تكري فالقول قولها أيضاً لأنه لا يؤخذ أحد بأكثر مما يقر به على نفسه والصحيح الأول، القول قول من ضاع عندها الحلي أنه مستأجر، والوجه الثاني على قول أشهب وعلى قول ابن القاسم القول قول صاحبة الحلي، قال: هو قرض وقال الآخر: إيداع.

قلت: من آخر عاريتها: إذا ادعى أنه أعاره الدابة وقال ربها: بل اكتريتها منه فالقول قول ربها إلا أن يكون ليس مثله يكري الدواب لشرفه وقدره. وفي اكتريتها من أسكنته دارك ثم سألته الكراء فادعى أنك أسكنته بغير كراء فالقول قولك في ما يشبه من الكراء مع يمينك وقال غيره: على الساكن الأقل من دعواك أو من كراء المثل [2 ب] بعد أيمانهما في قراضها. من أخذ من رجل مالاً فقال هو بيدي وديعة أو قراض وقال ربه بل أسلفتكه فالقول قول ربّ المال بيمينه. فهو الذي أشار إليه في الأصل على مذهب ابن القاسم ومثله في كتاب الوديعة والله أعلم.

وعن ابن أبي زيد في مستعير الدابة يدّعي موتها قال: سئل أهل العرية ولا يقبل إلا العدول ولو ذكر ذلك أهل البلد ولم يكونوا عدولاً قبل منهم وهو من باب الاستفاضة.

وسئل عن قول أشهب يضمن ما يغاب عليه، وإن قامت بينة بهذا كله فهل يلزمه أن يقول ذلك في ما لا يغاب عليه؟ إذ لا فرق بين البينة وعدمها فكذا ما يغاب عليه.

فأجاب بأنه لا يلزمه لأنه إنما قال ذلك في ما يغاب عليه لعموم حديث السلاح وهي مما يغاب عليه. فقيل له: يلزم أن يقصره على السلاح خاصة ولا يقاس عليها غيرها، فقال: لا يلزم هذا وإنما أخذ أصلاً في ما يغاب عليه كالسلاح وقصره عليها يشبه مذهب الخوارج وداود الظاهري.

قلت: اختلف الناس في ضمان العارية فمذهب مالك ما تقدم، الفرق بين ما لا يغاب عليه فلا يضمن إلا أن يتبين كذبه وبين ما يغاب عليه فيضمنه ضمان تهمة إذا قامت البينة على إتلافه من غير سبب فلا يضمن، وعن أشهب يضمن ما

يغاب عليه مطلقاً، وعن الشافعي يضمن العارية مطلقاً كانت مما يغاب عليه أم لا؟ وحكى ابن شعبان عن مالك نحوه.

وعن بعض المتأخرين: لا يصدّق في ما صغر من الحيوان كالطير في القفص. وعن أبي حنيفة لا يضمن العارية مطلقاً وسبب الخلاف اختلاف طرق الأحاديث، ففي سنن أبي داود عن يعلي بن أمية قال لي رسول الله ﷺ: «إذا أتتك رسلي فادفع إليهم ثلاثين درعاً وثلاثين بعيراً، فقلت: عارية مضمونة أو مؤداة؟ فقال: مؤداة». وقال في النسائي من طريق صفوان بن أمية في أدراعه قال فيها: «بل عارية مضمونة، قال: فضاع بعضها فعرض عليه النبي ﷺ أن يضمنها له قال: أنا اليوم يا رسول الله أرغب في الإسلام» عبد الحق: وهذا الحديث أصح. وفي الدارقطني من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «ليس على المستعير غير المثل ضمان ومثله المودع» إلا أن في سنده رجلين ضعيفين وإذا فرعنا على المشهور فقال اللخمي وغيره: لا يضمن الدابة ويضمن سرجها ولجامها ولا يضمن ثياب العبد المستعار لأنه حائز لها ويضمن الله السفينة التي تنقل وتخفى ولا يضمن فيها ما لا يخفى، وكذا آلة الدار، ولا يضمن ما لا يخفى كالباب الخارج ويضمن ما يخفى كأبواب البيوت ونحوها.

واختلف إذا شرط ضمان ما لا يغاب عليه هل يسقط الضمان؟ وهو قول ابن القاسم فيه وفي الرهن. ويلزم الشرط إذا كان له موجب مثل الخوف على الدابة من لصوص الطريق ونحوها. وكذا إذا شرط عدم ضمان ما يغاب عليه نفعه عند أشهب ولم ينفعه عند ابن القاسم والمتبادر للذهن على أصليهما العكس من ضمان التهمة والأصالة.

وكان يتقدم لنا أن وجه قول ابن القاسم أن شرط العدم يقوي التهمة لا أنه يضعفها ووجه ابن يونس بأنه خلاف السنة وبعض البغداديين بأنه ينافي أصل العقد كما إذا شرط في النكاح الإبطاء وفي البيع أن لا يتصرف. وفرع على أصل أشهب أن ضمان الأصالة منه ما يكون ضمان ملك فلا ينفع الشرط فيه أو لا يكون ضمان ملك هذا، فهذا فيه كهذه المسألة. وزاد ابن يونس: لأن أصله الضمان كما وقع في سلاح صفوان وعليه أخذه فإذا شرط إسقاطه نفعه.

وسئل يحيى بن عمر عن العبد [3 أ] يأتي الرجل فيقول سيدي يطلب إعارة دابتك فيعطيه ثم يتبين خلافه بعد ذهابها.

فأجاب: اختلف أصحابنا هل هي جناية في رقبته أو في ذمته وهو أحسن ذلك.

قلت: زاد ابن يونس فيها للسيد طرح ذلك عن ذمته للعبد بعد اليمين أنه ما بعثه، وقيل: ليس له طرحه عن ذمته، والأول أشبه لأن من صدقه أتلف ماله إذا لم يثبت وأما ما تعمد فهو جناية في رقبته. وكذا ما تعدى عليه الصبي والسفيه ففي ذمتهم وكل ما لزم رقبة العبد لزم ذمته.

قلت: وعكس بعض المتأخرين فقال: كل ما لزم ذمة العبد سقط عن الصبي وذكر المغربي الفاسي في ما أحفظ عنه في كتاب الإجارة أنه ينتقض على قول الغير، ولم أذكره الآن. وكان شيخنا الفقيه الإمام ـ رحمه الله ـ يقول: تنقض هذه القاعدة باللقطة فإنها إذا استهلكها العبد قبل السنة فهي جناية في رقبته وبعدها في ذمته وهي في ذمة الصبي بكل حال. وكان يتقدم لنا جواباً عن هذا أن هذه المسألة ليست مثل الأصل إذ ليس فيها ما يدل على أن الصبي يضمن بعد السنة ثم إنه بحث عن ذلك على حكم الصبي في اللقطة فلم يجد إلا أنه إذا استهلكها في السنة ضمنها فقط. ابن يونس: واختلف في الأمة تكون بين حر وعبد فيطؤها العبد هل هي خيانة في رقبته أو في ذمته.

قلت: هي على قاعدة مختلف فيها: من تعدّى على شيء فتصرف فيه وله فيه شبهة هل هو كالغاصب أم لا؟ مثل أن يبني داراً بينه وبين غيره فيها شركة، أو يبني المشتري الشقص مع علمه بالشفيع إلى غير ذلك.

وفي العتبية: من أراد أن يودع رجلاً وديعة فقال له: ادفعها إلى عبدي ففعل فاستهلكها العبد فهي في ذمته فإن غره السيد من العبد فلا شيء عليه بكل حال. وعن ابن عبد الحكم: لا تكون في ذمته بإقراره حتى ينتبه باستهلاكه إياها. ابن رشد: وهو غير صحيح، وقد قيل إن السيد ضامن إذا غره على الخلاف في الغرور بالقول، وإذا ضمن السيد ذلك بيع العبد وغيره في ذلك، وقد مرت قبل هذا.

ابن عات عن الشعباني: من وهب طستاً أو مهراساً لرجل سنين ينتفع بهما فأراد وزنه عليه لم يجز ذلك لأنه ينقص وليكتب جنسه وصفته أو ينقش فيه اسمه، وله شراء المنفعة ما عاش إن أراد ذلك.

قلت: كما يشتري العُمْرى المعمر ويخلص رقبته. وتقدم في شراء المعمر المرجع على قولين تقدّما قبل هذا.

ومن قال: فلان بعثني إليك لتعيره كذا فتلفت في يده العارية فإن أقر الباعث ببعثه ضمن ولو جحد حلف ما بعثه وبرىء. وكذلك إن ادعى المبعوث أنه قد وصل العارية إلى الباعث فإن أقرّ بالتعدي ضمن إن كان حراً وإن كان عبداً كان في ذمته إن عتق يوماً ما.

وفي الطرر عن حمديس: في مشتري الطست ويمنحه امرأته حياتها لخوف فراقها وكذلك، فإن قال: أردت بحياتها ما بقيت معي حلف وأخذ منها. كما إذا حلف أن لا يتزوج عليها ما عاشت وقال: أردت ما دامت معي.

وسئل ابن رشد عمن أعمرت أبويها في دار فمات أحدهما، هل تطلب حقها في نصفها كالأجنبيين أم لا؟ لأن قصد الأجنبيين أن ينتفعها على وجه الشركة والقصد في الأبوين الانتفاع بجملة الدار.

فأجاب: لا إشكال في هذه المسألة لأن المقصود ما تقوله المعمرة وهي مصدقة في ذلك وهي حية، وإن ادعى الحي منهما أنها قصدت أنها للآخر منهما نصاً لزمها اليمين، ولو ماتت وجهل قصدها لتخرجت على الحبس على معينين [3 ب] فيموت أحدهما هل يرجع ذلك على المحبس أو على من يقر منهم حتى يموتوا كلهم، ولا فرق في هذا بين الأبوين ولا غيرهم.

وسئل عمن تصدق بدار وحازها ثم عمّر المتصدق عليه المتصدق مدة حياته، هل تصح له الصدقة أو لا؟ وتبطل بالحديث «العائد في صدقته...» إلى آخره هل يدخل أو لا يدخل الحديث في هذا؟.

فأجاب: إن كان عمّره إياها قبل مضي عام فالصدقة باطلة وليس لأجل الحديث المذكور ولكن لأجل أنها لم تجز عنه الصدقة أنهم في إبطال حق

الورثة. وعن أبي بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ في ما وهب لابنته عائشة ـ رضي الله عنها ـ لو كنتِ حزتِه كان لك وإنما هو اليوم مال وإرث، ليكون سُنّة لمن بعده لا أنه ممن يتهم.

قلت: إنما لم يدخله تحت الحديث لأن أصله معروف وقصد به المعروف فهو كشراء العرية يخرصها لا سيما على مذهب من يجيز القياس على الرخص وهو أصل المذهب في مسائل العرية.

وسئل عما وقع في آخر الغرر من المدونة في من أسكن رجلاً داراً ثم اشترى تلك السكنى بسكنى دار له أخرى، ما معناه؟ وإذا انهدمت المعوض بها وقول التونسي فيها وما احتج به من مسألة الصلح هل هما قولان أم لا؟.

فأجاب: عن مسألة المدونة قال: قال سحنون في العرايا منها: معناه أن يشتريها بسكنى دار له أخرى سنين معلومة. واختلف الشيوخ هل هو تفسير لقول ابن القاسم أو خلاف؟ فإذا اشتراها بسكنى دار له أخرى مدة حياته على أحد التأويلين أنه خلاف مذهب ابن القاسم فاستحقت المعوض بها أو انهدمت رجع في سكنى الدار التي أسكنه إياها. وإما على مذهب سحنون أنه سنين معلومة إذا استحقت أو انهدمت فما ذهب إليه التونسي أنه يرجع بقيمة ما بقي من سكنى التي انهدمت أو استحقت ولا يرجع في العوض لأنه مجهول. وهذا يجري على أصل اختلف فيه قول ابن القاسم في المدونة وهو: إذا استحق من يده جل ما اشترى على العدد هل يمسك الباقي في حصته من الثمن أم لا؟ لأن ما آلتْ الأحكام إليه بخلاف تراضى عليه البيعان. وعلى هذا الاختلاف يجري ما حكاه التونسي إذا استحق من يده ما صالح به على الإنكار، ولو تقايلا في الصلح على الإنكار وفي شراء سكنى المجهول بشيء معلوم أو ثمن معلوم لمنع باتفاق لأن الإقالة بيع ولا يجوز التواطؤ في البيع على الغرر بالمجهول.

قلت: وفي العرايا أيضاً مقيس عليها يجوز لمن أسكن رجلاً حياته شراء بعض السكنى. قال شيخنا الإمام: معناه أن يشتري منه بيتاً من السكنى أو نحوه لا شراء كل السكنى لأجل، وقيل: شراء نصف السكنى شائعاً، وقيل: السكنى مدة معلومة ذكرها بعض المغاربة والأول والثالث جاريان على أصل سحنون

والثاني ظاهر الكتاب. وما ذكر في الهدم والاستحقاق أنه يرجع بقيمة ما بقي من سكنى التي انهدمت هو مثل القول الثاني في أواخر أمهات الأولاد.

منها في من أخدم أمتَّه سنين فوطئها السيد فحملت فإن كان ملياً كانت له أم ولد وأخذ منه مكانها أمة تخدم في مثل خدمتها، فإن ماتت هذه والأولى حية فلا شيء عليه، وقيل يؤخذ منه قيمتها فيؤاجر منه خادماً فإن ماتت الأولى أو انقضت السنون وقد بقي من القيمة شيء أخذه السيد وإن نفدت القيمة والأولى حية ولم تنقض المدة فلا شيء عليه، فهذا مخالف للأول من وجهين في إلزام القيمة ورد بقيتها مع الموت لو راعى الثانية فلا يرد شيئاً كما قال إذا ماتت والأولى حية فلا يرجع بشيء.

وفي وصاياها أيضاً لو صالحوك من الخدمة. . .[1] حياتك على مال [4 أ] ثم مات العبد وأنت حي فليس له رجوع عليك.

وسئل عمن أمتعت زوجها حياته في أملاكها ثم أوصت بإخراج ثلثها للمساكين في مرضها ولم يكن لها إلا تلك الأملاك فادعى وارثها أن الامتاع كان في مرضها ذلك وأقام زوجها بينة أن مرضها ذلك لم يكن مخوفاً ثم صالح الوارث على إسقاط متعته ويأخذ ما وجب له بشيء اتفقا عليه، هل للناظر للمساكين أن يرضى بذلك في الثلث ويرخص لكن يستعجل له ذلك أو يوجب له بيع ثلث تلك الأملاك على فروعها إلى الذي زعم ذلك من تماديه إلى أقصى الأعمار واخترامه عن قرب بين لنا ذلك.

فأجاب: فإن أراد الناظر أن يفعل مثل ما يفعله الوارث من استعجال حق الفقراء جاز له ذلك عند ابن القاسم، ولا يجوز صلحه على ذلك من الثلث الموصى به للمساكين. وإن ظهر له عدم الصلح وصح الاتباع للزوج جاز بيع مرجع الثلث من الزوج على مذهب ابن القاسم ولا يجوز بيعه من الوارث ولا غيره للغرر المنهى عنه. وإن لم يشتره الزوج فلا بد من تأخير الأمر إلى موته.

قلت: أما بيع مرجع الثلث من الزوج فجائز لأحد أمرين إما لأنه وارث أو

---

(1) بياض بمقدار كلمة بالأصلين.

لأنه المعمر على ظاهر ما في الوصايا الثاني من التنبيهات: اختلف في شراء الموهوب للسكنى أو الخدمة والموصى له بذلك رقاب ذلك من أربابها فمذهب المدونة جوازه وعلى ذلك تأول المسألة اللخمي لأن القصد التصرف في القربة فكما جاز لربها شراء المرفق ليتوصل إلى ذلك جاز له بيعها لذلك، وجاز ذلك للمشتري ليتصرف في المرفق مع الأصل لما يريد للضرورة إليه.

وقال فيها: من أخدم رجلاً عبده حياته أو حبس عليه مكسبه فيجوز له أن يشتريه منه ولا يجوز ذلك للأجنبي فيحتمل الوجهين وإن كان الأظهر فيه شراء المنافع لما جاء بعده من الكلام. وفي المستخرجة: منع شراء المخدَم مرجع الرقبة، انتهى كلامه. وأما شراء الوارث فظاهرها جوازه أيضاً ففي وصاياها الثاني: إذا أعمرك رجل حياتك خدمة عبد أو سكنى دار أو ثمرة حائط جاز أن يشتري منك ذلك هو وورثته أو يصالحوك على مال وإن لم تثمر النخل وإن أوصى لك بذلك حياتك جاز شراؤه للورثة بنقد أو بدين، كما يجوز للمعطي كالمعروف ببيع باقي الحائط فيجوز للمشتري شراء العربة بخوصها. ولم تختلف الرواية في سكنى الدار كما ذكرنا.

وفي عراياها: من أسكنته داراً حياته فوهب سكناه لغيره فلك شراء السكنى من الموهوب كما كان لك شراؤه من الذي وهبته ولا يجوز له بيع سكناه من غيرك لأنه خطر وله هبتها. وأما الصلح عن الثلث على وجه النظر فجائز كالوصي على الأيتام في مالهم. وأما في الذي عليهم ففيه خلاف حكاه ابن رشد في كتاب الدعوى وقد مر منه. وحكى الشعبي عن ابن الفخار ولا يجوز صلح الوصي عن الأيتام في يمين القضاء حتى يرى العزيمة في المصالح على أنه يحلف وأن لم تظهر له العزيمة فلا يصالح ويعرف ذلك بقرائن الأحوال والإشارة والكلام ونحو ذلك.

قلت: كقوله تعالى: ﴿وَلَتَعۡرِفَنَّهُمۡ فِي لَحۡنِ ٱلۡقَوۡلِۚ﴾[1] الآية. وقد مر الكلام عليه في موضعه.

---

(1) سورة محمد، الآية: 30.

وسئل ابن رشد أيضاً عمن أسكنت أباها سنين معلومة في دار لا تملك غيرها وهي أكثر من ثلثها فعلم الزوج فردّ فعلها وقال: إنه بمنزلة تفويتها رقبتها، هل له ذلك وتكون كمسألة الوصايا أو بخلافها كاستحقاق الوصايا والورثة المال بالموت والزوج استحقاقه متوقف والأصل ثابت؟.

فأجاب: إن أمتعته [4 ب] سنين كثيرة تستغرق مدة معترك منيتها فبيّن أنها قصدت ضرورة بتفويت الدار عليه فله رده بعد وفاتها ولا كلام له ما دامت حية.

قلت: تقدم له في الحمالة لا تجوز حمالتها بأزْيَدَ من الثلث وكذلك عند ابن الشقاق قرضها أكثر من ثلث مالها، ويجوز عند ابن دحون قرضها مطلقاً لأنها فيه طالبة وفي الحمالة هي مطلوبة. فكذا الرقبة في الامتناع ومسألة الوصايا التي أشار إليها إذا وصى بسكنى داره سنة أو أكثر في ثلث رقبة الدار وحكى ابن رشد فيها خلافاً انظره.

وفي أحكام ابن سهل: في من وهبت له دار ثم أعمرها للواهب بعد أشهر لا تكون فيها حيازة. ثم علم فأراد إبطال العمرى خوف إبطال الهبة ويأخذ الدار. فأطرق فيها حيناً ثم قال: إن كان الموهوب له ضمن يرى أنه يعلم أن العمرى تبطل الهبة لزمه ما صنع وبطلت هبته، وإن كان ممن يرى أنه لا يعلم ذلك استحب العُمْرَى ورجع الموهوب إلى الدار وقبضها من الواهب.

قلت: هذا يؤيد فتوى ابن رشد السابقة إن رجعت قبل السنة للواهب بسبب العُمْرى بطلت الهبة.

وسئل ابن رشد عمن وهبت مورثها من ابنتها لابنة ابنتها المذكورة في جميع ما خلفت وكانت أمتعت أمها في صحتها نصف جنة ما دامت حية فادعت أنها إنما وهبت من هذه الجنة نصيبها من المرجع لا من الغلة.

فأجاب: إذا ثبت رسم الإمتاع على نصه وليس عند ابن البنت ما يدفع فيه فليس للحفيدة فيه شيء إذا لم يكن الإمتاع موروثاً عن البنت. وأما مرجع نصيبها من نصيب الجنة فيورث عنها وتبطل فيه الهبة إذ هو هبة منها بعد وفاتها

فترجع للثلث ولم يخرج مخرج الوصية ولا يسقط إمتاعها بهبتها لأن الأصل في الملك أن لا ينتقل إلا بيقين.

الغرناطي: وثيقة العُمْرى تسمي المعمر والمعمور والعمرى. وموضعها وتحديدها والمعرفة بقدرتها والتحلي والقبض وعقد الإشهاد عليها ومعاينة القبض.

ابن الحاج: إذا ثبتت العمرى ببينة وقبضها غيره بحضرة عدول صحت ولا يضر ما استغله منها وفات وترجع على تركته بما ثبت من استغلاله. وإن لم يقبضها غيره وثبت أنه كان يستغل لنفسه حتى مات بطلت العمرى وورثت ولا تدخل فيها الوصايا.

قلت: يأتي في الهبات، إذا استغلّ الأب ما وهبه لابنة الصغير فإن جهل مصرفه أو أدخله في منافع ولده فهي ماضية وإن ثبت أنه كان يدخل ذلك في منافع نفسه بطلت خلافاً لابن العطار، لأنه عنده إنما تعدى على الغلة لا الأصل فيحتمل دخول قوله هنا ويحتمل عدم الدخول لأن المنافع هنا هي الموهوبة لا الأصل إلا أن يقال حوز الأصل هنا في باب هبته فله وجه.

وفي أحكام ابن سهل وحكاه المتيطي عنه: في من وهب وحوز ثم أبطل الحوز بوجه ما ثم مات، فعن ابن عتاب تدخل فيه وصاياه، وحكاه في سماع عيسى من المستخرجة، وعن أصبغ: إذا كان يجهل حكم إبطال عدم الحيازة للهبة فلا تدخل فيها وصاياه كمال لم يعلم به.

ووقعت في تركة شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ وادعى بعض الحاضرين أنها كمال لم يُعلم به وأنه واضح، فرددتُ عليه بما ذكرته هنا وأنه لا يدخله الخلاف إذ ليس ممن يجهل الحكم فرجع إلى ذلك.

ومسألة ابن الحاج هنا محتملة للخلاف في الدخول وعدمه وفي وصاياها الأول كل دار ترجع بعد موته من عُمْرى أو من حبس هو من ناحية التعمير. فالوصايا تدخل فيه ويرجع فيه من انتقض من وصيته وإن بعد عشر سنين وأما

الحبس. . .[1] فلا يرجع ميراثاً ولا تدخل فيه الوصايا.

وفيه: من أوصى بثلثه أو عتق أو غيره ولا مال له أو له مال وذهب وهلك [5ـأ] عن مال بفائدة أو موروث فإن علم به قبل موته في صحة أو مرض دخلت فيه الوصايا وإلا لم تدخل إلا المدبر في الصحة.

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصلين.

مسائل اللقطة

[5 ـ أ] عياض: اللُّقَطة ـ بفتح القاف وضم اللام ـ ما التقط. وأصل الالتقاط وجود على غير طلب وقصْد.

وفي الاصطلاح قال ابن الحاجب: كل مال معصوم ومعرض للضياع في غامر أو عامر. واعترضه شيخنا بإدخال كلٍّ في الرسم لأنها يفسد بها الرسم أو أن المقصود بالحد تعريف الماهية وكل يراد بها الجمع. وعرَّفه مرة بأنه مال محترم وجد في غير حرز. وفي مختصره: مال وُجد بغيْر حرز محترمٍ ليس حيواناً ولا ناطقاً ولا نعماً فيخرج الركاز[1] وما بأرض الحرب ويدخل الدَّجاج وحمام الدور لا السمكة تقع في سفينة هي لمن وقعت إليه قاله ابن عتاب الشعباني والأظهر فيها إن كانت ممن بحيث لو لم يأخذها من سقطت إليه لنَحَتْ بنفسها لقوة حركتها وقرب محل سقوطها من ماء البحر فهو كما قال ابن شعبان، وإلا قُضيَ لرب السفينة، لقوله: من طرد صيداً حتى دخل دار قوم إن اضطره هو إليها فهو له وإن بَعُد عنه ولم يضطره فهو لرب الدار. حكاية عن طاهر المازوري أنه ركب قارباً في أناس فيهم الشيخ أبو الحسن المنتصر في بحيرة رادس جائين من جهة رادس فقلت: اللهم إن كان هذا من أوليائك فاجعل سمكة تسقط في قاربنا فسقطت فابتدرها واحد فقلت: هي بصيدي، وذكرت لهم ما وقع في نفسي فأخذتها. قال: والضالة نَعَمٌ وُجِد بغير جوْن محترمٍ، والآبق حيوان ناطق كذلك. وظاهر رسم ابن الحاجب دخول ذلك. وفي المدونة وغيرها خلافه.

---

(1) الركاز: المعادن والكنوز القديمة.

قلت: ويدخل عليه أيضاً ذلك في رسمه السابق والظاهر في ترجمة المدونة أنه من باب عطف الخاص على العام فيدخل الأول كقوله تعالى: ﴿فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخۡلٌ وَرُمَّانٌ﴾(1)، والله أعلم.

وأما حكمها فقال اللخمي قد اختلف في أخذها، فروى العتبي استحبابه في العين، وقولها في واجد الكساء كقول ابن شعبان ينبغي تركها وكذلك لا أحب أخذها إلا ولها قدر.

وفيها: ومن وجد آبقاً فلا يأخذه إلاّ أن يكون لقريبه أو جاره أو لمن يعرفه، وأحبّ إليّ أن يأخذه وهو مِن أخذه في سعة. واختار اللخمي إذا أخذها مأمون ولها قدر وهي بين قوم لا بأس بهم فيستحبّ وإن كانت بين قوم غير مأمونين فأخذها واجب، ومع إمام جائر ممنوع. وإن خاف الملتقط من نفسه أن يتملكها أُمِر بتركها. وجعل ابن رشد في مسألة الجائر أنه مباح له أخذها خلاف قول اللخمي إنه ممنوع. ورجّح شيخنا أخذها في هذا القسم. والأصل فيها ما ورد في الأحاديث الصحيحة وتدخل في باب الأمانات عموماً. وفي ما ذكرناه كفاية.

ابن الحاج: من وصف اللقطة أخذها بعد يمينه فإن نكل فلا شيء له وإن رجع إلى يمينه قاله أشهب. وعن بعض البغداديين: العلامة كالسِّمَة وهي تجري على الخلاف في الدليل هل هو كالشاهد أو الاثنين.

قلت: يعني شهادة العرف كاختلاف الزوجين في متاع البيت ونحو ذلك، ونص المدونة اليمين، وفيه اختلاف، وظاهرها في اللقطة عدمها.

وفيه عن ابن وهب: من ترك دابته بفلاة فوجدها رجل، فإن تركها في أمْنٍ وكلاٍ فربُّها أحقُّ بها من واجِدِها، وقاله الأوزاعي والشعبي.

قلت: في سماع ابن القاسم من ترك دابته في سفْراء يسافر منها فأخذها من عاشت عنده وأنفق عليها فلربها أخذها ويغرم نفقتها لا أجر قيامه عليها. ابن

---

(1) سورة الرحمن، الآية: 68.

رشد: إن أسلمها على أن يرجع إليها وأشهد على ذلك أو لم يشهد وتركها في أمن وكلاٍ فله الرجوع فيها باتفاق وإلاّ ففي تصديقه [5 ـ ب] قولان لغير ابن وهب وله، وعلى تصديقه ففي يمينه قولان جاريان على أيْمان التُّهَم، وإن أسلمَها على أنها لمن أخذها فلا رجوع له باتفاق، وإن أسلمها ولا نية له ففي هذا السماع هي لربها، وقال ابن وهب: هي لمن أخذها. وقوله في السماع لا أجرْ له لأنه قام عليها لنفسه، ولو أشهد أنه يقوم عليها لربها إن أخذه لكان له ذلك، ولو لم يُشهد وادّعى ذلك لصدق، قيل بيمين وقيل لا.

وفي سماع ابن القاسم أيضاً إذا أسلم متاعاً بغلات لموت راحلته بها فحمله رجل أخذه ربه ويغرم أجر مثله. ابن رشد: هذا إن حمَله بنية حفظه لربه أو على تملكه لإسْلامِه لربّه، وإن حمله على وجه الاغتيال والتعدي فلا كراء له والقول قوله مع يمينه في نيته في أخذه.

وفيها: من أخذ متاعاً مما عطب بساحل البحر فهو لربه ولا شيء لمن وجده. ابن رشد: ما ألقوه بأيديهم لنجاة أنفسهم قيل هو لواجِدِه كالدابة يسلمها في السفر على وجه الإياس منها على اختلاف فيه، ففي سماع ابن القاسم: أربابه أحق به وعليهم أجر إخراجه لمن غاص عليه وأجر حمله. اللخمي: إن كان شقَّ حمل المتاع على ربه وتركه على أن لا يعود إليه فهو لمن أخذه ونقله لأن ربه أباحه للناس لمّا تركه على أن لا يعود، وإن تركه ليعود إليه فهو لربه ولحامله أجر حمله إلاّ أن يرجع ربه بدوابه لحمله فلا أجر لحامله. والمتاع يؤخذ من البحر إن غرق ومر ربه ليرجع لإخراجه فهو له وإن تركه على أن لا يعود فهو لمخرجه وهو أمين مما ترك بالبر لأنه بالبحر هالك كالشاة في الفلاة مع مشقة الغطس عليه مع الخوف على نفسه. وإن قذفه البحر... [1] كان لربه لأنّه لم يخف فساده إن بقي لم يكن لأخذه وإن خيف فساده كالمتاع فعلى واجده نشره ثم رفعه.

ولو مرّ قوم بسفينة بمتاع قوم انكسروا وهو على الماء كان عليهم رفعه إن

(1) كلمة غير مقروءة بالأصلين.

كان سيرهم بريح لا يضرهم الإميال لأخذه، وإن مروا بناس أحياء فعليهم أن يحطوا لرفعهم.

وفيها: ما وُجد على وجه الأرض مما يعلم أنه من أموال الجاهلية ففيه الخمس كالركاز، وكذا ما وجد بساحل البحر من تصارير الذهب والفضة ففيه الخمس، وأما التراب يوجد بساحل البحر فيغسَل فيخرج منه ذهب أو فضة ففيه الزكاة كالمعدن.

قلت: قيدناه عن بعض شيوخنا أنه وجد في أموال الجاهلية، ولو كان من أموال حربي فأمره إلى الإمام فلو شكّ حمل على الغائب والظاهر حمل الكتاب على عمومه ودليله ما ذكره ابن يونس في كتاب الجهاد في مسألة الحربي يوجد ببلد الإسلام، عن ابن المواز قال: ما وُجد مما يكسر من مراكبهم يعني الحَرْبيين وليس فيها رجال ويوجد لهم أمتعة وذهب وفضة وطرحها الروم خوف الغرق وذهبوا فهو لواجِده ولا خمس فيه إلاّ الذهب والفضة ففيها الخمس إلاّ أن يوجد ما سوى الذهب والفضة تحت قرية من قراهم ففيه الخمس إلاّ أن يكون يسيراً فلا شيء فيه ورواه أشهب عن مالك.

والفرق بين ما وجد من المتاع وحده أو مع أصحابه فهو تبع لهم، وما وجد وحده لم يوجَفْ عليه بخيل ولا ركاب. وأما الذهب والفضة فركاز وفيه الخمس، وما وجد بقرب قراهم وفيها الخمس كالغنائم.

قلت: لأن الحكم للدار وهي حرب كأحد القولين في أموال الرجل، وقد تقدمت.

وسئل: ابن أبي زيد عن أمير دخل دار قوم ومعه أربعة فسقطت منهم دراهم فلم يخبروه حتى رجعوا ولقطوها أو بعضها وضاع البعض ودفعوا الجميع إلى أحدهم فرجع الجميع وقال: سقطت مني دراهم وجيء بها من بلد كذا وسألهم عنها فقالوا: ما رأينا شيئاً وقد ذكر أكثرها التقط وفرقها التي هي بيده عليهم وعلى غيرهم وودوه من مغارمهم ثم إن الذي فرّقها جاء مستفتياً وقال: وجدت ديناراً [6 ـ أ] لا علم لأصحابي به هل يرجع إلى المنزل يسألهم؟ وربما

طلبوه بأكثرهم أو يأخذ من لا يستحق الأخذ، وكيف إن قالوا ما لنا شيء البتة؟

فأجاب بأنه ضامن لما التقط، ويلزمه أيضاً ما حصل عنده من اللقطة أو استأثر به قوماً، فإن تحقق عنده أن الوالي جاء ذلك من قرية بعينها فليدفع ذلك إلى من يصح عنده أنه دفع إلى الوالي مثل ما حصل عنده، وإن لم يتحقق ذلك دفعه إلى فقراء تلك القرية أحبّ إلينا.

قلت: لم يجز أنه يردّه إلى الوالي لأنه تحقق ظلمه فيقوم منه أنه إذا ظفر له بشيء لا يجوز له رده إليه إن خفي له ذلك.

وقد تقدم نحوه للصائغ في من أودعت عنده ودفعه من مستغرق ذمة وخفي له أخذ شيء منها للفقراء فليفعل. ويؤخذ منه إذا غزا اليوم في المركب للعدو ويعلم أنهم لا ينصفونه في قدر ما يجب له من الغنيمة أنه يتحيل في مقدار حقه منه ولا غضاضة عليه في ذلك، وبالله التوفيق.

وفيها: ما أنفق على الدواب أو الإبل أو البقر أو الغنم أو متاع أُكْرِيَ على حمله بأمر السلطان أو دونه فلا يلحقه ربه حتى يدفع ما أنفق عليه فإن أسلمه ربه فلا شيء عليه. زاد في كتاب الرهون: هو أحق بها من الغرماء حتى يستوفي نفقته. وزاد في النوادر عن أشهب: وربُّها بالخيار بين أخذها وإسلامها في ذلك فإن بدا له بعد أن أسلمها فليس ذلك.

قلت: كقوله فيها إذا اختار التقويم في عتق العبد ثم بدا له فليس له ذلك بخلاف ما ذكر في مسألة الحكمين في جزء الصيد فإن له الامتثال، وفرق بعدم تعيين الطالب فيها بخلاف غيرها.

ابن عات: ما أُلْقِيَ البحر من خشب أو قطائع فتركها أفضل فإن أخذها أحد فجاء صاحبها غرم قيمتها وإلاّ انتفع بها. وروى فيها عيسى أن ذلك لمن وجده خاصة إلاّ أن يعرف صاحبه فيؤدى إليه. وقال مالك: إنّ تركه أفضل، الأبهري: لجواز أن يأتي صاحبها فيأخذها إذ ليس مما يخشى فسادها.

وما نقله السيل والوادي من الأمتعة فهو لقطة ويُنشَد، وكذا كل ما علم أن

له مالكاً من خشب وغيره، وكذا الوادي يحمل فيسوق أمتعة الناس وخشبهم، وإن خلط الوادي جلود القوم أو كتاناً كان ذلك بينهم إلاّ أن يعلم أنه لرجل بعينه، وإن اختلط الكتّان في الوادي بسيل أو غيره ولم يعرف كل واحد ماله حلل أصحابه في ذلك.

قلت: كثيراً ما يقع بتونس، يحمل السيْل الزيتون ويلقيه في بعض الأملاك فهو لمن هو أعلى ذلك الوادي على قدر ما ذهب لكل واحد إن عُرف، وإن حمل فيتّفقون على شيء فسد لهم وإلاّ تساووا في قسمه إن ادعاه كلّ واحد، كما قالوا إذا اختلط الطعام في السفينة ولم يتميز. وما أتى به من الحطب فكذلك إن لم تجر العادة بمسامحة أربابه فيكون لمن وجده وإن جاء به من. . . [1] فهو لمن حازه، وما أتى به من بيوت الشعر أو الحيوان أو بعض الأمتعة كما جرى في هذا العام اثنا عشر وثمانمائة [1312 م] بمَجْردة فهو لقطة لكنها ميؤوس من أربابها فيجري فيها ما ذكره ابن عات من أخذها. ويجري على ما تقدم في حكم المال المجهول أربابه فهل هو كالبر أو الركاز.

ومثله ما حكاه المازري في ما يجتمع عند الصاغة من أطراف الذهب والفضة وهي أجزاء والطالب غير معروف فأجراه على هذا الأصل أيضاً. ومنه ما يقع في القيروان في الزيات يبيع الزيت ويصبه في إناء المشتري بواسطة القمع فيجتمع مما يقطر من القمع من الزيت فهو كمسألة الصائغ، إلاّ أن يقال إنّ هذا من اللقطة اليسيرة من الطعام الذي تسمح النفوس بها فتطيب له كما قال ﷺ: «. . . [2] وأخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها».

ورأيت [6 ـ ب] بعض أهل السوق يسمح في الوزن ليكون ذلك اليسير له توقّياً وبعضهم يجمعه ويتصدق به تورعاً. ومثله السنبل والخضر توجد في الطرق ونحو ذلك من الفواكه الخضراء إذا استمرت العادة بالسماح في مثل هذا فلا بأس بأخذه وتملكه.

---

(1) بياض بمقدار كلمة في الأصلين.

(2) بياض بمقدار كلمة في الأصلين.

ويقع اليوم بتونس ما يؤتى به لسوق السقاطين من مفتاح ومسمار ونحوه من السقط أو يأتي به من يغلب على الظن أنه اختلسه أو خان فيه أو وجده لقطة فيبقى في يد السمسار أو أمين السوق فيصرف في موضع من القُرَبِ من بناء مسجد أو رمّهِ أو قنطرة أو ميضاة أو جرْي إليها أو بعض الواجب أو نحو ذلك. فإن كان البحر لا يسير فيه إلاّ النصارى فقد تقدم حكمه وإن كان لا يسير فيه إلاّ المسلمون فجوابه كما ذكر ابن عات. وإن ذكر يسير فيه الصنفان فقد تقدّم أن الحكم للأغلب، وإن تساوى اليسير في الصنفين أو كان كل صنف يسير كثيراً فهو كما قال مالك: إذا أُخِذ الحربي وهو مقبل إلينا أو يقول ظننت أنكم لا تعرضون لتأجر فقال: هذا مشكل فكذا هنا ويتربص به فإن ظهر شيء وإلاّ طاب لصاحبه على أحكام اللقطة التي قد يئس من ربها.

وتقدم لابن رشد في مسائل الغصب أن في كراهة التصرف فيها وإباحته أربعة أقوال ثالثها الفرق بين الغني والفقير ورابعها عكسه. ولا خلاف أنها لا غرم. وتقدم للمازري نقض حجارة المدينة الدائرة فإن علم أنها من أبنية الروم افتقر إلى معرفة الأرض هل هي عنوة أو صلح؟ وأعظم مراتبها أن تكون كمالٍ استحقّه المسلمون لا يُعرفون ولا يُرجى أن يُعرفوا فيحلّ للفقراء ويجوز للأغنياء شراؤه منهم، وإن صُرف في مصالح دينية ولمن فيه منفعة للمسلمين شاع ذلك وجاز على أحد القولين عندنا. فإن أراد المتحفظ الاتفاق على الجواز تُصُدِّقَ بقيمته، فإن كان لا يحصل إلاّ منفعة فعل ذلك وحاسب بها وكان الباقي للفقراء. وأما الدفن فحكم ما ذكرنا من المعدن يعتبر فيه حكم الأدلّة وحال الآخذ منها هل هو فقير أو غني. وما فيه مصلحة للمسلمين يباع له فانظر بقية كلامه في ما تقدم أن العلامة كالبينة وهي العقاص وهي الخرقة والوكاء وهو الخيط الذي ربط به. فإن أتى بها دفعت إليه على ظاهر الحديث ولا يمين عليه على ظاهره وظاهرها، وقيل: عليه اليمين وقد تقدم.

وقيل: **سئل** عن صفته الدنانير فإن عرفها كان أتم وإن أخطأ في السكة أو في جنس العين مثل أن يكون ذهباً فيقول دراهم، لم تُدفع إليه، وفي خَطئه في

العدد خلاف في الكثير سنة وهل يزيدها في التعريف في لقطة مكة على ما روي فيها، وظاهر المدونة التسمية، وحكى بعض البغداديين خلافه. وفي اليسير في الدرهمين خلاف، قيل كغيرها، وقيل يعرفها جملة ما لم تكنْ يسيرة جداً مما تسمح فيها النفوس فيتصدق بها وإن شاء أكلها، وإن دفعها الملتقط لمن وصفها ثم جاء آخر فلا شيء عليه واتبع المعترف الأول إن شاء. وإن وصفها رجلان قُسمتْ بينهما بعد أيمانهما وإن عرَّف أحدهما العفاص والوكاء والآخر العدد خاصة دفعت للأول لظاهر الحديث فعلامته أقوى.

وتقدمت مسألة واجد الكساء وقوله أهذا لكم؟ ويحتمل أنه أظهره لهم لأنه يريد رده. وكان شيخنا الإمام يقول: إنما هذا لكم مُجْمَلاً من غير إظهاره، مثل أن يقول سقط شيء لا أنه يظهر اللقطة، وظاهر المدونة الأول.

وقد وقعت بتونس: وُجدتْ خَريطةٌ فيها دينار في محل لا يُتَّقَى وبين يدي الملتقط جماعة نسوة فصاح أهذه لكن؟ فرجعت واحدة وادّعتها وسلم لها ذلك بقية الجماعة فأخذتها بعد شدة [7 ـ أ] واستدل ملتقطها ـ وكان طالباً ـ بمسألة المدونة وسلم لها ذلك. وبالله سبحانه التوفيق.

[1 ـ ب][1]

بسم الله الرحمن الرحيم. . .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

باب مسائل الحبس والوقف

الحبس والوقف واحدٌ، وإن كان الثاني عبّر به ابن الحاجب والأول غالب استعمال أهل المذهب وهما كالمترادفين، وإن كان عياض فرّق بينهما في بعض الأحكام على ما سيأتي.

الجوهري: وقفتُ الدار للمسكين لغة، وأوقفتها لغةٌ رديئة، ويقال: حبّست فرساً في سبيل الله فهو محبّس وحبيس. والحبس بالضم: ما وقف ويطلق عليه لفظ الصدقة، وربما أطلق كثيراً مع الحبس أو الوقف.

وفي العرف إعطاء منافع على سبيل التأبيد. واعترضه شيخنا الإمام بالمخدوم حياته، انظره في مختصره، واختار مرّة: إعطاء منفعة أصل ما بقي

---

(1) من هنا يبدأ المجلد الرابع من النسخة أ التي اعتمدنا ترقيمها في تحقيق هذا المجلد. والنسخة أ هي المحفوظة بالمكتبة الوطنية بتونس تحت رقم 4851/5. أما النسخة ب وهي النسخة المصرية المحفوظة بالمكتبة الأزهرية برقم 3227/95250 (رواق المغاربة)وهي محبّسة على نفس المكتبة من قبل محمد بن عمر التونسي في 9 شوال من سنة 967 هـ/ 2 جويلية 1560م. أما النسخة ج فهي أيضاً محفوظة بالمكتبة الأزهرية برقم 3226/95249 (رواق المغاربة) ومؤرخة 1145 هـ/ 1732م، وهي محبّسة على نفس المكتبة من قِبَل عبدالله بن عبد الرحمن الغرياني. ويستمرّ اعتماد هذه النسخ بهذا الترتيب إلى نهاية تحقيق الكتاب، بإذن الله.

مسمّى بيعه لغيره. وفي مختصره: هو مصدر إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملكه ولو تقديراً واسما ما أعطيته منه مدة وجوده إلى آخره. وصرّح الباجي بأنه باق على ملك المحبِّس وهو لازم تزكية حوائط الأحباس على ملك محبسه. وقول اللخمي في آخر الشفعة: ملك المحبس سقط بالحبس غلط.

وحكمه أنه مندوب إليه من الصدقة ويتعذر عروض الوجوب، بخلاف الصدقة. واختلف العلماء في مشروعيته من حيث الجملة، وحكى بعضهم الإجماع على صحة حبس المساجد والطرق والقناطر، واحتج المخالف بما خرّجه العقيلي من طريق ابن لهيعة وأخيه عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا حبس بعد سورة النساء» وابن لهيعة وأخوه ضعيفان.

قلت: نعرف لشيخنا الإمام أن في رواية ابن لهيعة ثلاثة أقوال، ثالثها أن ما نقل عنه قبل اختلاطه صحيح، وبعد اختلاطه غير صحيح، واحتجّ الجمهور بما خرّجه مسلم من طريق أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلاّ من ثلاث: صدقة جارية أو علم يُنْتَفَع به أو ولد صالح يدعو له». وذكر القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿يُنَبَّؤُا الْإِنسَانُ يَوْمَئِذٍ بِمَا قَدَّمَ وَأَخَّرَ﴾[1]. قال: خرّج ابن ماجة من طريق أبي هريرة عنه ﷺ قال: «لا يلحق المؤمنَ من عمله بعد موته إلاّ علمٌ علَّمه أو نشره أو ولداً صالحاً تركه أو مصحفاً ورّثه [2 ـ أ] أو مسجداً بناه أو بيتاً لابن السبيل أو نهراً أجراه أو صدقة أخرجها من ماله في صحته تلحقه بعد موته» وخرّجه أبو نعيم من طريق أنس وزاد فيه «أو حفر بئراً أو غرس نخلة أو ترك ولدا يستغفر له بعد موته» وفي الصحيحين: أصاب عمر أرضاً بخيبر فقال: يا رسول الله، إني أصبتُ أرضاً بخيبر لم أصبْ قط مالاً أنفسَ عندي منها فما تأمرني به. قال: «إن شئتَ حبستَ أصلها أو تصدقت بها» فتصدق بها عمر في الفقراء وفي الغرباء وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضعيف، لا جناح على من وليها أن يأكل بالمعروف أو يطعم

(1) سورة القيامة، الآية: 13.

صديقاً غير متموّل. وفي حديث أنه في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل أهلها منها بالمعروف غير المنكر.

وذكر المبرد في كتابه الكامل وثيقة عن علي ـ رضي الله عنه ـ وأنا أذكرها تبركاً به وبها: فذكر عن فيروز وقيل إنه من ولد النجاشي رغب في الإسلام صغيراً فأتى رسول الله ﷺ وكان معه في بيوته، فلما توفي صار مع فاطمة وولدها. قال: فجاءني علي ـ رضي الله عنه ـ يوماً وأنا أقوم بالضيعتين؛ عين أبي نيزر والبغيبغة[1]. فقال: هل عندك من طعام؟ فقلت: طعام لا أرضاه لأمير المؤمنين، قرع من قرع الضيعة بإهالة مُخِنّة[2] فقال: عليَّ به، فقام إلى الربيع ـ وهو جدول ـ فغسل يديه ثم أصاب من ذلك شيئاً ثمّ رجع إلى الربيع فغسل يديه في الرمل حتى أنقاهما ثم ضم يديه كل واحدة منهما إلى أختها وشرب منهما حتى حسّى عن الربيع ثم قال: يا أبا نيروز، إنّ الكفّ أنظف الآنية ثم مسح بذلك الماء على بطنه وقال: من أدخله بطنه النار فأبعده الله، ثم أخذ المعول وانحدر في العين فجعل يضرب، وأبطأ عليه الماء فخرج وقد تنضّح جبينه عرقاً وقال: تفصّد ما ينفكّ العرق عن جبينه ثم أخذ المعول وعاد إلى العين فأقبل يضرب فيها وجعل يهمهم فانشالت كأنها عنقٌ جزور فخرج مسرعاً وقال: أشهد الله أنها صدقة، عليَّ بِدَوَاةٍ وصحيفة. قال: فعجلتُ بهما إليه فكتب: «بسم الله الرحمن الرحيم: هذا ما تصدق به عبد الله عليّ أمير المؤمنين، تصدّق بالضيعتين المعروفتين بعين أبي نيزر [2 ـ ب] والبغيبغة على فقراء أهل المدينة وابن السبيل ليقي الله بهما وجهه من حر النار يوم القيامة لا تُباعا ولا تُوهبا حتى يرثهما الله وهو خير الوارثين، إلاّ أن يحتاج إليهما الحسن والحسين فهما طلق لهما ليس لأحد غيرهما». فركب الحسينَ دينٌ فحمل إليه معاوية بعين أبي نيزر مائتي ألف دينار فأبى أن يبيع وقال إنما تصدق بهما ليقي الله بهما وجهه من النار، ولست بائعهما بشيء.

---

(1) عين أبي نيزر والبغيبغة: أرضان كانتا للإمام علي. ذكر قصّتهما ياقوت الحموي في معجم البلدان ج 1 ص 469 ـ 470.

(2) الإهالة المُخِنَّة: الشحم المذاب النتن.

ثم ذكر أن معاوية كتب إلى مروان وهو وال على المدينة يخطبه أم كلثوم بنت عبدالله بن جعفر لابنه يزيد، فوجّه إليه مروان فقرأ عليه كتاب معاوية وأعلمه بما في رد الألفة من صلاح ذات البين واجتماع الدعوة فقال عبدالله: خالُها الحسين غائب وليس ممن يفتات عليه بأمر فأنظرني حتى يقدم. وكانت أمها زينب بنت علي. فلما قدم الحسين ذكر له ذلك عبدالله فقام من عنده فدخل إلى الجارية فقال: يا بنية إن ابن عمك القاسم بن محمد بن جعفر بن أبي طالب أحق بك ولعلك ترغبين في كثرة الصداق وقد نحلتك البُغَيْبغَات. فلما حضر القوم للأملاك تكلم مروان فذكر معاوية وما قصد من صلة الرحم وجمع الكلمة. فتكلم الحسين فزوجها من القاسم بن محمد. فقال مروان: أغدراً يا حسين؟ فقال: أنت بدأتَ، خطب الحسن عائشة بنت عثمان بن عفان واجتمعنا لذلك فتكلمت أنت فزوجتها من عبدالله بن الزبير: فقال مروان: ما كان ذلك، فالتفت الحسين إلى محمد بن حاطب فقال: أنشدك الله أكان ذلك؟ قال: اللهم نعم.

فلم تزل هذه الضيعة في أيدي بني عبدالله بن جعفر من ناحية أم كلثوم يتوارثونها حتى ملك المأمون فذكر ذلك له فقال: كلا هذا وقفُ عليّ، فانتزعها من أيديهم وعوّضهم منها وردها إلى ما كانت عليه.

والآثار في هذا الباب كثيرة وأكثرها من الصحابة، فمن بعدهم.

الغرناطي: تذكر في الوثيقة تسمية المحبِّس والمحبَّس عليه والحبس وموضعه وتحديده، والمعرفة بقدره على خلاف فيه، وتوليته الحيازة لبنيه إلى أن يبلغوا مبلغ القبض [3 ـ أ] وعقد الإشهاد عليه ومعرفة الشهود لملك المحبس لمّا حبّسه وصغر البنين، فإن كان شاكاً فيه ضمنت معاينة الشهود لإخلائه عاماً كاملاً إلاّ أن يحبسه بكل ما فيه فلا يحتاج إلى إخلائهما. وإن كان المحبس عليه مالكاً أمره ذكرتَ قبْضَه للحبس ونزوله فيه وقبوله له وضمّنتَ في الإشهاد معاينة القبض، وتذكر أنه على نُسخ ولا تذكرْ عددها. وكذا تعقد الصدقات والهبات.

قلت: قوله في الإخلاء عاماً كاملاً في الحبس على الصغير ظاهره ولو رجع إليه بعد العام ومات فيه. الذي أحفظ في بيان ابن رشد أن المشهور أنه

إذا مات فيه بطل وإنما حيازته عاماً ينفع في الرشيد خاصة على المشهور. ثم رأيته في الطرر عن ابن رشد يعقب هذا الإطلاق على الوثائق، وابن الحاج كذلك. قال: قاله ابن المواز وهو صحيح. عقد آخر قال: تذكر المحبس والحبس وتحديده وعلى من حبس وتأبيده أو تعقيبه ومرجعه وتسمية المقدم على القبض وعقد الإشهاد عليهما وتضمّن معاينة الشاهد للدفع والقبض والحيازة في صحّة المحبّس وجواز أمره ومعرفتهم بملك المحبس إلى أن بتَلَ فيه التحبيس.

وإن كان تحبيس الغلة على معينين فهو على نسختين إحداهما للمحبس عليه المستحق المنفعة ويسقط عنه الطلب إن قام عليه قائم، والأخرى بيد المحبس لئلا يستحق المحبس عليه ملك الرقبة عيناً من الحبس.

والصدقة والوقف واحد لكن أحكامهما مختلفة في وجوه. فأما الحبس فتختلف أحكامه في وجوه وتتفق في بعضها. ولا يخلو أن تتهم هذه الألفاظ أو تفسّر فتجعل لشخص معين محصور ومعين غير محصور أو لمعين محصور أو لغير معين ولا محصور، ولكلٍ وجهُ حكمٍ يتفق في وجه ويختلف في الباقي.

فأما الحبس المبهم كقوله: داري حبس، فلا خلاف أنها وقف مؤبد لا ترجع ملكاً، وتصرف عند مالك في الفقراء والمساكين إلاّ أن يكون في الموضع عرف في الوجوه [3 ـ ب] التي توضع فيها الأحباس فتحمل عليه. وعند ربيعة يسكنها أقارب المحبّس.

قلت: كقوله إذا قال: مالي في السبيل، قال: سبيل الله كثيرة لكن الشأن الجهاد لأنه شاع وذاع فيه فقط. ومثله اليوم أحباس القرى إذا جهلت مصارفها فإن العادة فيها أنها على المساجد التي في تلك القرية وعلى أيمتها. ووقعت بتونس وصرفوا أحباسها لصاحب الحبس الكبير بتونس. وسمعت أنه جعل مرتب المفتي فيها، ابن قداح أو غيره وهو مخالف لهذا الأصل. وقد فاوضتُ في ذلك شيخنا الإمام وقلت له: هذا الذي ذكرت، قال: إنما صرف لهذا الآن،

الأرض لبيت المال فإن حبسها العمال فلا يعمل على تحبيسهم إذ ليس بملك لهم فلذلك رد لصاحب الحبس. قلت له: الغرض أنه ثبت ملكه لشخص معين وإنه حبس أو أن المالك مجهول لكن مرت الأعصار على هذا فهو دليل على صحة التحبيس إذ الأصل بقاؤه على ما جرت به العادة القديمة فلا ينتقل عنها إلا بدليل. فقال: إذا ثبتت صحة حبسه كما قلت صرف كذلك.

عياض: إن عيّن شخصاً فقال: حبس على فلان أو على أولاد فلان سماهم وعينهم، فاختلف فيه قول مالك: هل يحبس على التأبيد لا يرجع ملكاً؟ فإذا مات فلان رجعت لأقرب الناس بالمحبس على سنة مراجع الأحباس فإن لم تكن قرابة رجعت للفقراء والمساكين. والآخر إنها ترجع بعد موت المحبَّس عليه ملكاً للمحبّس أو لورثته إن مات كالعمرى.

فإن جعلها في وجه معين محصور ففيها قولان. فحكى ابن الجلاب في من قال: داري حبس في وجه كذا روايتين عن مالك، إحداهما أنه يتأبّد الحبس فإذا انقرض الوجه الذي جعله فيه رجع له ملكاً في حياته ولورثته بعد مماته، والأخرى أنه يبقى حبساً على أقرب الناس بالمحبِّس. وإن جعله على وجه معين غير محصور كقوله حبس في السبيل أو في وقيد مسجد كذا أو إصلاح قنطرة كذا فحكمه حكم الحبس المبهم المتقدم ذكره ويوقف على التأبيد، فإن تعذر ذلك الوجه لخلاء البلد أو فساد موضع القنطرة [4 ـ أ] حتى لا يمكن بناؤها وقف... (1) بصرفه إلى حاله أو صرف في مثله.

قلت: وقعت بتونس: حبّس الأمير أبو الحسن أمير بني مرين كتباً لمدرسة ابتدأها بالقيروان وأخرى بتونس وجعل مقرّها بيتاً بجامع الزيتونة، فلما يئس من تمامها قُسِمت الكتب على مدارس تونس.

ومسألة أخرى: وهي جوامع خربت أُيسَ من عمارتها فأفتى شيخنا الإمام برفع أنقاضها إلى مساجد عامرة احتاجت إليها ففعل ذلك. وهي جارية على صرف الأحباس بعضها في بعض. ويأتي الكلام عليها إن شاء الله تعالى. وإن

(1) كلمة غير مقروءة بالأصل.

جُعلتْ في وجه محصور غير معيّن يتوقع انقراضه كقوله: على بَني زيد وعلى عمْرو ولده أو عقبه، أو فرس حُبّس على من يغزو به في هذه الطائفة أو يطلب العلم بمدينة كذا فحكمه حكم الحبس المبهم بمعنى أبداً، ويرجع بعد انقطاع الوجه المذكور مراجع الأحباس كما تقدم، وهو مذهب المدونة وغيرها. واختلف فيه قديماً أصحابه.

وحكى اللخمي عن ابن الجلاب أنها تعود ملكاً، وأراه تأوّل ما قلناه عنه على ذلك. وقيل على من وجد كما لو عيّن وهو الذي له في المجموعة. واختلف إن قال: بني زيد هل هو مثل قوله ولد زيد؟ في من وجد وفي من لم يوجد فيكون بعد حبساً مؤبّداً كما تقدم. وإن جعل على غير معين ولا محصور، كقوله على بني تميم أو المساكين أو المجاهدين أو في إصلاح المساجد أو لطلبة العلم فهو حبس مؤبد كالمبهم المطلق. وإن حبّس على معلوم وبعده موجود غير محصور كقوله على أولادي وبعدهم للمساكين ولم يترك ولدا أو من يولد؟ فعند ابن القاسم ترجع ملكاً وعند عبد الملك ينفذ حبساً للمساكين.

قلت: وعلى قول عبد الملك تُصرف غلته في زمن فَقْد الولد على المساكين. أحفظه في الوثائق المجموعة قال: ولا يبقى الحبس غير عامل، وظاهر كلام غيره أنه يوقف للأولين إن وُجدوا وإن أُيسَ منهم صرف لمن بعدهم، والله أعلم [4 ـ ب].

قال: وإن جعل مكان قوله حبس هو وقف؟ فالذي حكاه شيوخنا البغداديون أنه ينفذ حبساً كان على معيّن مجهول أو محصور أو غير محصور، ولا يختلف فيه. وغيرهم من شيوخنا يقول: لا فرق ويدخله كل ما مرّ من وجوه الاختلاف والاتفاق.

وأما إن **قال**: هو صدقة، فإن عيّنها لشخص معيّن فهي ملك له. وكذا إن جعلها لمجهولين غير محصورين كالمساكين فتقسم عليهم إن كانت مما تنقسم أو بيعت وقسمت أو أنفقت في ما يحتاج إليه ذلك الوجه المجهول باجتهاد

الناظر في موضع الحكم ووقته، ولا يلزم التعميم إذ لا يقدر عليه، وليس يَقْصدُهم المحبس.

ولو كانت الصدقة على مجهولين محصورين مما يتوقع انقطاعه كقوله على ولد فلان أو فلان وولده فمختلف فيه. ففيها عن مالك وغيره هي حبس مؤبّد ترجع مراجع الأحباس سواء قال ما عاشوا أو لا. وعن أشهب في روايته: ترجع لأقارب المحبس عليهم ملكاً، وقيل: حكمها حكم العمرى.

وفي الجلاب: إذا جعلها صدقة في وجه كذا اختلف فيهن قول مالك فمرة جعلها العمرى ومرة تنفذ حبساً إلاّ أن يعلم أنه تصدق بعين الملك لا بمنفعته فتكون ملكاً لمن تصدق بها عليه، وهذا كله إذا أطلق هذه الألفاظ، ولو قيّدها بصفة أو أجل أو شرط، فإن قال: حبساً أو صدقة شهراً أو حياتي وشبه على هذا معنَى أو مجهول معدوم، فلا خلاف أنها في الجميع هبة منفعة أو عمرى إلى أجل ترجع عند تمامها لربه أو لورثته. ولو قال في المعين: حياتَه أو ما عاش فتختلف الأحكام في هذه الألفاظ الثلاثة. ففي الصدقة عمرى بغير خلاف، وفي الحبس فقيل مثله، قاله أو لم يقله على اختلاف تأويله على المدونة. فتأول سحنون أنهما سواء، وعن محمد: إذا قال حياته وشبهه فلا يختلف أنها كالعمرى، وهو قول مطرف. وكذلك لو قال: على فلان بعينه. وفي المجهول المحصور إذا قيده بحياته أو ما عاشوا فمذهبه فيها أنه حبس [5 ـ أ] مؤبّد كما لو لم يقله، وكذا يشبه على قوله إذا لم يقيد أنها تكون ملكاً، وعلى القول أنها كالعمرى فهنا أحرى.

وعن مطرف إذا قال: ما عاشوا فهي عمرى ولو قيدها بصفة كقوله حبس صدقة أو صدقة حبس على فلان ففيها هو حبس مؤبّد. وفي المختصر ترجع ملكاً بها كالعمرى. ولو قال: حُبس على فلان لا تباع ولا توهب ولا تورث فهي حبس على مذهبه فيها. وروى أشهب أنها بتل ولا يضر الشرط، وقال أشهب: هي حبس محترم. ولمالك أيضاً في صدقة: هي باطل لما بتّلها أو رجعت إليه إلاّ في صغير أو سفيهٍ مشترط له ذلك لرشده، وهو مذهبه في الهبة في هذا

الشرط. ولو قال في جميع هذا: لا تباع ولا تورث ولا توهب ولا تملك لكان حبساً محترماً بغير خلاف لارتفاع الاحتمال. نص عليه البغداديون.

قلت: في الهبات الأول، والحبس من البيان: لا خلاف في الصدقة إذا ذكر فيها: ما عاشوا، أنها ترجع مراجع الأحباس. واختلفوا إذا أسقطها، ففي سماع أشهب ترجع لآخر العقب ملكاً خلافاً لقول غير ابن القاسم فيها، وهو قول أكثر أصحاب مالك إنها ترجع مراجع الأحباس. ولو أسقط من الحبس ـ ما عاشوا ـ لرجعت مرجع الأحباس قولاً واحداً، وكذا إذا ذكرها، خلافاً لمطرف في أنها ترجع ملكاً، وهذا كله إذا لم يكونوا معينين فإن كانوا معينين جرى على اختلاف قول مالك في الحبس على معينين إلاّ أن يقول فيه ـ ما عاشوا ـ فإنها تخرج من الخلاف، ولو قال صدقة وهم معينون لكانت بينهم على وجه الشركة ملكاً، فإن لم يذكر ـ ما عاشوا ـ فترجع بعد انقراضهم ملكاً له انظرها في الكتاب المذكور. وفي هذا كفاية على الجملة فلترجع إلى المسائل.

وسئل ابن رشد عمّن حبّس على ولديه فلان وفلان ثم على أعقابهما وأعقاب أعقابهما ما تناسلوا فمات الابنان ولهما بنون وبنو بنين، فهل يدخلون مع من فوقهم أم لا؟ وهل يكون الترتيب المذكور فيها ثم على أعقابهم وأعقاب أعقابهم [5 ـ ب] ما تناسلوا للمعينين؟ أو فيها ما وبعدها؟ وإن كان فيه اختلاف فما يختاره منه وجه موفق.

فأجاب: إذا ثبت ما ذكر فلبني البنين الدخول مع من فوقهم من بني البنين والبنين. هذا قول مالك في المدونة ولا أحفظ في ذلك اختلافاً. والخلاف إنما هو في قسمته بالسوية أو قدر الحاجة. والذي عليه العمل قسمه بالسواء في الفقر والغنى والذكورة والإناث. واختلف في دخول أولاد البنات على ثلاثة أقوال: عدم دخولهم البتة إذ ليسوا عنده بعقب. والثاني دخول بنات الابنين المسميين لأن بناتهما من عقبهما فأولادهما من عقب عقبهن ولا يدخلون في هذا القول أولاد بنات بني البنين ولا أولاد بنات بناتهما إلاّ أن يكون ثم على أعقابهما وأعقاب أعقابهما، وكل ما زاد بعقبهما فيدخلون أولاد البنات إلى تلك

الدرجات المنتهى إليها، ولو اقتصر على أعقابهما ما تناسلوا ولم يزد على أعقاب أعقابهما لم يدخل في الحبس أحد من أولاد بنات الابنتين على مذهب مالك. وحضرت شيخنا ابن رزق يفتي بهذا القول وبه جرى العمل. والثالث يدخل فيه أولاد بنات البنين وأولاد بنات بناتهما وبنيهما ما سفلوا.

وقوله: ما تناسلوا، ولو لم يقل ما تناسلوا لم يدخل أحد من بني الابنين المسميّين مع أبيه في الحبس ما دام حياً لقوله: ثم على أعقابهما، ولو قال: وعلى أعقابهما تدخل معه، قيل في ما فضل وقيل بالسوية وقيل قدر الحاجة، لأنهم فرقوا في أحد الأقوال بين حكم الولد وولد الولد، وبين حكم ولد ولد الولد وكذا الولد إذا أُشرِك بينهم بالواو، فقالوا: يؤثر الولد على ولده فلا يدخل إلاّ في ما فضل ولم يقولوه في ولد الولد مع ولد الولد.

وسئل أيضاً عمن حبس على ابنته وعلى كل ولد يحدث له بعدها من ذكر وأنثى، ثم على أعقابهم من بعدهم وأعقاب أعقابهم ما تناسلوا ثم ولد له بعدها ولدان وابنة وتوفي واستغل بنوه الحبس ثم توفيت [6 ـ أ] الأولى من أولاده عن ابن وابنة فدخل ابناهما مع عمهما وعمتهما دون حكومة ثم توفيا وعاد الحبس إلى الابنين وللابنة ثم توفي الآن واحد من الابنين وخلف بنين فطلبوا الدخول مع عمتهم فمنعوهم وقالوا إنما الحبس للعقب بعد انقراض المحبس عليهم لقوله ثم على أعقابهم من بعدهم، فما تراه في ذلك؟

فأجاب: لا يمنع ما ذكرت من لفظ الحبس إلا من دخول أولاد المحبس عليهم مع آبائهم لا من دخول ولد من مات منهم مع من بقي من أعمامهم، إذ لم يقلْ: ثم على أعقابهم من بعد انقراض جميعهم، لأن عطف الجمع على الجمع بلفظ «ثم» مع إعادة ضمير الجمع لا يوجب إلاّ تقدم الآحاد على الآحاد لا يقدم جميعهم. تقول اشتريت عشرة أُذون قيمتها ثم بعتها فيصح قولك، ولو لم يكن اشتريت إلاّ كل دار بانفرادها قيمتها وبعتها قبل شراء الأخرى قال تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِىٓ أَحْيَاكُمْ ثُمَّ يُمِيتُكُمْ﴾(1) فليس الإماتة بعد إحياء الجميع

(1) سورة الحج، الآية: 66.

وإنما كانت ميتة كل واحد منهم بعد إحيائه. ومثله كثير في القرآن مرجوح في اللسان.

فاعترض معترض عليه بعد ذكر جوابه وضعّف الاحتجاج بالآية لفروق ذكرها وقال: لو صح الجمع بينهما لقيل المحبس لم يقصده ولا يفهمه وإنما حبس على الأعيان ثم على من سواهم فما بقي واحد منهم فلا حبس لغيرهم إذ هو لهم بقول المحبس، فإذا انقرضوا صح لغيرهم، مع كلام يطول جلبه، وأنْصفَ ولم يعاند.

وأزيده بياناً لمخالفة من خالف إما لقصر بالٍ لمعاندة حق لقول فرط منه أنِفَ الرجوع عنه إلى ما هو أحسن. قال تعالى: ﴿فَبَشِّرْ عِبَادِ * ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ﴾[1] الآية والأصل في هذا أن المحبس حبّس ما ملكه الله تعالى إلى وجه من القرب فإن كان غيره أفضل منه فوجب اتباع قوله في تحبيسه فما كان من نص جليّ بحيث لو كان حياً فقال أردت غيره لم يلتفت إليه فيجب المصير إليه إلاّ أن يمنع [6 ـ ب] مانع شرعي. وما احتمل من كلامه معينين فأكثر حمل على أظهر ما احتمل منهما إلاّ أن يعارض الأظهرَ أصل فتحمل على الأظهر من نفسها إن فات سؤال المحبس بموته ونحوه، فلو لم يفت سئل عن قصده وصدّق إذ هو أعرف بقصده، فإذا ثبت هذا بانَ بصحته صحة الجواب المذكور فيرده إليه. وذلك أن المحبس لما قال: ثم على أعقابهم من بعدهم، احتمل أن يكون بعد جميعهم أو بعد من مات منهم والاحتمالان يقتضيان اللفظ سواء، وكذا كل عطف جمع بحرف «ثم» فيحتمل الوجهين تقول: وُلد لفلان عشرة أولاد ماتوا بعد أن ولدوا، فتصدق في قولك، وإن كان كلما ولد واحد منهم مات قبل ولادة الثاني إلى آخره. وكذا: اشترى فلان عشرة دور فبناها ثم باعها على حسب ما مرّ من التفسير، ودليله من القرآن قوله تعالى: ﴿وَكُنتُمْ أَمْوَٰتًا فَأَحْيَٰكُمْ﴾[2] الآية. فمعلوم أنه تعالى أراد إماتة كل واحد منهم بعد إحيائه قبل إحياء بقيتهم ولم يرد أنه لم يُحْي واحداً حتى أمات الجميع والصيغة في

---

(1) سورة الزمر، الآية: 17ـ 18.

(2) سورة البقرة، الآية: 28.

اللفظين واحدة، والدليل على أنه أراد أنه يدخل الدار بعد فقد أبيه فقط أن المحبس لو كان حياً فادعاه لصدق اتفاقاً، فلما احتمل هذا وكان الأصل أن ولد الرجل أحق بمالِه بعد موته من أخيه وجب أن لا يعدل بنصيبه عن ولده إلاّ بدليل نص وهو مفقود لا سيما وغالب الظن أنه قصد المحبس لقصده جعل هذا الحبس على حكم الميراث فلم يقل وعلى أعقابهم لئلا يدخل الولد مع أبيه فيه فقال: ثم على أعقابهم لإرادته في يد الولد ما دام حياً ولم يرد حتى ينقرض لأنه خلاف المعلوم من فطرة الناس في أن ينفرد ولده بالميراث دون ولد من مات منهم.

وقد سألني غير واحد عن حيلة يتوصل بها لأحفاده بعد موته بمثل نصيب أبيهم فلم أجد حيلة إلاّ الوصية لهم بالثلث أو بما شاء منه.

وعن ابن زرب: إذا حبّس على ولده فلان وفلانة وعلى أعقابهم فإنه يدخل عقب الذُّكّرَان دون الإناث. وكذا لو قال: على ولدي فلان وفلان وفلانة وعلى أعقابهم لاحتمال رجوع الضمير على الابنين [7 ـ أ] دون البنت إذ قيل إن الاثنين جماعة ولا يدخل أولاد البنت إلاّ أن يقول على ابنتي وعقبها أو على ابنيَّ فلان وفلانة وعلى أعقابهم، فلم يجعل ابن زرب «وعلى أعقابهم» عاماً في جميع الولد إلاّ بنص جلي. وكذا مسألتنا لا ينصرف حظ الميت عن ولده إلى إخوته إلاّ بنص جلي فهو مفقود، وهي أوضح من أن يستدل بقول ابن زرب فيها.

وادعى المخالف أن قوله: ثم على أعقابهم، نص في أنه لا دخول لأحد من ولد الوالد إلاّ من بعد انقراض جميع البنين خلف بين معاني الألفاظ قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾[1] ولم يقل أحد إنه نص في جميع أولاد المسلمين بتمييز معاني الألفاظ بل عموم محتمل للتخصيص، وقد خصص منه الكفار والعبيد فهو غير مراد من الآية وقوله ﴿خُذۡ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ صَدَقَةٗ﴾[2] الآية فعن

(1) سورة النساء، الآية: 11.
(2) سورة التوبة، الآية: 103.

جماعة من العلماء أنه لا زكاة في أموال المجانين والصبيان. ومذهب مالك لا زكاة على العبيد. فلو كان نصاً في جميع أموال المسلمين لتعذر الخلاف. وكذا قول المحبس: ثم على أعقابهم، ليس بنص على أعقاب جميع ولده والقول إنه نص ليس بقول ظاهر. ولو قال: إنه الأظهر وسلمناه لم يلزم الأخذ بظاهر اللفظ إذا خالف المعنى ولو اتبعناه لعاد الإيمان كفراً لقوله تعالى ﴿ فَاعْبُدُوا مَا شِئْتُم مِّن دُونِهِۦ ﴾[1] فظاهره الأمر والمراد الوعيد والنهي، وقال لإبليس ﴿ وَأَجْلِبْ عَلَيْهِم بِخَيْلِكَ وَرَجِلِكَ ﴾[2] الآية وليس بمأمور بذلك بل منهيٌّ عنه. وهو حجتنا على العراقيين الآخذين بمجرد الألفاظ في الأيمان دون معانيها.

قلت: فحاصل كلامه أن لفظ المحبس محتمل فإذا تعذر ترجيح أحد الاحتمالين بتفسيره فراجِحيتُه هو بعادة الناس واستصحاب الحال السابقة، ومن حجّة خصمه فإنه أظهر الاحتمالين في اللفظ.

وبعد الاختلاف في الأيمان إذا تعارض فيها اللغة والعرف والشرع هل تحمل على العرف أو اللغة أو الشرع؟ مثل إذا حلف ليسافرن فانظره في الأيمان وما نقله عن ابن زرب فقد خطـأه في المقدمات فقال: إن خطأه صراح، فقال في المسألة الخامسة منها [7 ـ ب] إذا قال: حبّستُ على أولادي ويسميهم بأسمائهم ذكورهم وإناثهم ثم يقول: وعلى أولادهم فإن ولد البنات يدخلون في ذلك على مذهب مالك وجميع أصحابه المتقدمين والمتأخرين. ثم ذكر جماعة من الأندلسيين قال: وما روي في ذلك عن ابن زرب هو خطأ صراح لا وجه له ولا يعدّ خلافاً لأنه لم يقل برأيه وإنما بناه بقياس فاسد على تقليد غيره، وكان يفتي كالجماعة من دخول ولد البنات إلى أن نزلت فقال: رأيت لموسى بن طارق قاضي زبيد أنه سأل مالكاً عمن حبّس على ولده وولد ولده فقال: ولد البنات في هذه المسألة ليسوا بعقب. فقال له موسى: هل تعلم في ذلك اختلافاً بين فقهاء المدينة؟ فقال: لا أعلم اختلافاً بينهم. فرجع عن مذهبه وأشهد

(1) سورة الزمر، الآية: 15.

(2) سورة الإسراء، الآية: 64.

برجوعه، ثم ذكر صورة مذهبه كما تقدم قال: وما رجع إليه من الرواية مسلم فانظر بقية كلامه فإنه أوْعَبَ في هذا الفصل الكلام.

ابن الحاج عن ابن أبي زمنين: وقعت مسألة الأحباس في الهبات من المدونة أتم مما وقع في كتاب الحبس منها، وهي: إذا قال هذه الدار حبس على ولدي فهي لولده وولد ولده وليس لولد البنات شيء لعدم دخوله في عموم آية ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾(1) بإجماع الناس ولو لم يكن له ولد من صلبه، وبنو البنين الذكور والإناث يأخذون الميراث ويحجبون من يحجب من فوقهم إن لم يكن فوقهم أحد.

محمد: وكذا لو قال: ولدي وولد ولدي فهو كالأول ما له ملك عبد ابن عبد وبين مثله(2) لابن الماجشون وابن كنانة في قوله: صدقة على ولدي وولد ولدي، لا يدخل ولد البنات في الصدقة. محمد: ومعناه إذا وقع الحبس مسجلاً فإن سموهم دخلوا. قاله ابن المواز عن مالك.

وفي سماع سحنون من ابن القاسم: إذا قال حبست على ابنتي وعلى ولدها فيدخل أولادها ذكورهم وإناثهم. فإذا ماتوا كان ذلك لأولاد الذكور منهم أيضاً عموماً ولا شيء لولد بناتها. محمد: ولو قال على أولادي فلان وفلان وفلان سماهم يعني وكذا إن لم يسمهم فقال: وعلى أولادي وأعقابهم [8 ـ أ] وأعقاب أعقابهم. وكذلك لو أفرد فقال على ابنه وعقبه وعقب عقبه فيدخل ولد الإناث على ما ذكر محمد. ومثله لو قال: على أولادي وعلى من يولد لي وأعقابهم وأعقاب أعقابهم لدخل ولد البنات، ولو سمى أولاده ثم قال: وعلى أولادهم وأولاد أولادهم دخل ولد البنات ولا يدخل من بعدهم إلاّ أن يسمي طبقة رابعة فيدخلون ثم يخرجون هكذا أبداً ينقطعون عند انقطاع ذكر الطبقات، ويجري على أولاد الذكور ما تناسلوا. هذا الذي تعلمناه من فقه من أدركناه. ولبعض من أدركناه قول غير هذا في هذا الأصل. وقوله في التحبيس: ما

(1) سورة النساء، الآية: 11.

(2) كذا وردت الجملة في أ وب وسقطت كاملة من ج.

تناسلوا توكيد للحبس لا يزيد شيئاً ولا ينقص. ولفظ العقب والولد واحد فلا يدخل فيه ولد البنات. محمد: معناه عندي أن لا يدخلهم.

ابن حبيب: تحصيله أن كل ذكر وأنثى حالت دونه أنثى فليس بعقب، وعند ابن زرب لا يدخل ولد البنات بلفظ محتمل، ثم ذكر ما تقدم له قال: وهذا كله ما لم يخصص العرف لفظة أولادي، فإن خصصها بالذكور خاصة أو بالبنات خاصة تخصص بذلك وإلاّ جاء الخلاف، انتهى كلامه.

وفي موضع آخر منه: أفتى ابن رشد وابن الحاج في من حبس على ابنه فلان ثم على عقبه من بعده وعقب عقبه فمات المحبس عليه فيدخلون مع آبائهم من أجل تشريكه بالواو. وأفتى أصبغ بن محمد أنهم على الترتيب من أجل «ثم» المتقدمة واستغنى عن إعادة «ثم».

وفيه: إذا مات الأبناء الذين وجب لهم الدخول قبل أبنائهم للفظة «ثم» لجميع من يأتي بعدهم يدخل في الحبس الآباء مع الأبناء بحكم لفظة الواو التي توجب التشريك. وقول المحبس: من مات من غير عقب فنصيبه راجع على من بقي، تفسيره أنه يرجع على جميع المحبس عليهم.

قلت: هذا على فتوى ابن رشد وصاحبه، وعلى فتوى أصبغ لا يدخلون.

وفيه: من حبس على ابنته ومولاه وأعقابهم ما تناسلوا ومن انقرض منهم بغير عقب فنصيبه راجع على عقب الباقين [8 ـ ب] أو أمهم فتوفي المولى ثم توفي ابن وخلّف ابنة فحصة المتوفى ترجع لابنته دون أخيه وعقبه.

وفيه إذا قال: حبس على فلان وعلى كل ولد يحدث له فقط فالضمير عائد على الابن المحبس عليه لدلالة اللفظ عليه لأن الضمير يعود على الأقرب.

قلت: هذا الأصل يجري على قاعدة باب الإعمال من طريق العربية، وعلى طريق الأصوليين إذا تعقب الحمل قيد بصفة أو شرط أو استثناء أو غير ذلك، وفي كل أصل منهما خلاف في بابه فيجري هذا عليه.

وفي موضع آخر: حبس على كل ولد يكون له ذكر أو أنثى وعلى أعقابهم وأعقاب أعقابهم ما تناسلوا، للذكر مثل ما للأنثيين.

قلت: يدخل في الحبس أعقاب الأعقاب لقوله: أعقاب أعقابهم لأن الضمير الآخر في قوله وأعقاب أعقابهم راجع إلى الأعقاب المذكورين ثانياً، أو هو أقرب إليهم من الأول وهو حكم الضمير إذا جاء بعد مذكورين لأنه يعود على أقربهما إليه. هذا الأقْيَس في كلام العرب، كما يحفظ على الجوار لقربه.

وفيه: ليست ابنة الابنة من عقب الجد ولا من عقب ولده حتى يفردها بالذكر فيقول ابنة ولدي وعقبها فتدخل لا محالة.

وسئل ابن رشد عن أخوين لهما ربع مشترك ولأحدهما ابن وللآخر ابنة حبس كل واحد على ولده وعلى أعقابه وأعقاب أعقابه ذكرانهم وإناثهم متساوين ومن مات من غير عقب رجع نصيبه للباقي، فانقرض الجميع إلاّ ثلاث بنات توفيت واحدة وتركت أولاداً من غير العقب، هل لهم دخول مع اللتين بقيتا من العقب أم لا؟

فأجاب: يدخل أولاد بنات ابنه ذكورهم وإناثهم وأولاد بنات ابنته الأخرى ذكورهم وإناثهم.

وسئل عمّن أوصى بأن يحبس على ابنتيْ ولده جميع أملاكه بِقُرًى سمّاها، فإن ماتت إحداهما رجع نصيبها للأخرى، فإن ماتتا جميعاً رجع الحبس لابنيْ عمه أحمد والحسن، ثم على أعقابهما. وأعقاب أعقابهما ومن انقرض منهما رجع نصيبه لعقبه، وإن كان لا عقب له رجع لأخيه، فإن انقرضا ولم يعقبا أو [9 ـ أ] كان وانقرض رجع إلى فخْذٍ ثان من بني عمه على حسب ما مرّ، فإن انقرضوا ولم يعقبوا رجع إلى فخذٍ ثالث من بني عمه على ما مرّ، وإن انقرضوا رجع[1] للفقراء والمساكين بغرناطة. وشرط أن كل ذكر من العقب له حظ الأنثيين. فنفذ الحبس لابنتيْ ولده ثم ماتت إحداهما فخلص للأخرى فمات

(1) جملتان سقطتا من أ.

في حياتهما أحمد المذكور بغير عقب فورثه أخوه ثم توفي الآخر عن بنين ذكور وإناث، ثم توفي أحد البنين عن ذكر ثم وتوفيتْ الجارية المذكورة في حياة بني الحسن المذكور وأحفاده ممن أدرك موت الجارية ولم يدركها، ثم مات بعض ولد الحسن عن ذكرانٍ وإناثٍ. فهل يدخل الأبناء مع الآباء في الحبس أو لا؟ وبنو الأخ مع بنيه أم لا؟

جوابها: إذا ثبت ما ذُكِر فإنه يدل على أن الأبناء مع الآباء وبني الأخ مع أعمامهم للذكر مثل حظ الأنثيين كما شرط، ويدخل بنات الحسن لأن ابنته عقب، فأولادها عقب. ولا يدخل بنو بنات بنيه لأنهم عقبُ عقبِ عقبٍ لا عقب عقب وإنما حبس عليهم خاصة، فلا يدخل في حبسه إلاّ من كان من الحسن أو من ولده ذكراً أو أنثى. فإن اقتسموا الحبس قسمة انتفاع فينتقض بموت من مات منهم أو ولد له، وقيل لا ينتقض إن كان نصيبه ينقسم على من بقي.

قلت: تقدم بعض ألفاظ ما يتعلق الحبس به.

ومنه: حبسٌ على ولدي أو أولادي فقط. ففي المقدمات يكون الحبس على أولاده بنية الذكور والإناث وهي أولاد بنيه الذكْران دون الإناث، ولا يدخل في ذلك أولاد البنات عند مالك وأصحابه المتقدمين والمتأخرين، خلافاً لابن عبد البر فإنهم يدخلون عنده. ويتحصل فيها من كلامه أربعة أقوال: قَصره على أولاد صُلْبه الذكور خاصة، وقيل وإناثه، وقيل مع ولد ذكورهم ذكوراً وإناثاً، والرابع قول ابن عبد البرّ، وتقدمت أقسام هذا الفصل.

والعقب كلفظ الولد ولفظ النسل والذرية في عدم دخول ولد البنات. ثالثها في النسل دون الذرية. الباجي: النسل والولد والذرية واحد يشمل ولد البنات لقوله تعالى: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ﴾ إلى قوله ﴿وَعِيسَىٰ﴾[1].

ابن رشد: [9 ـ ب] والاستدلال صحيح في أن ولد الرجل من ذريته. قال

(1) سورة الأنعام، الآية: 84 ـ 85.

شيخنا: واستدلال ابن العطار بقضية عيسى ـ عليه السلام ـ غير ظاهر لأنه ﷺ حاز نسبه من جهة أمه خاصة إذ ليس له أب بخلاف مَن حاز نسبه من غير أبيه غيره، ولاعتبار هذا المعنى من حيث ذاته ينسب ولد الملاعنة لموالى أمه ما دام غير مستلْحَق فإن استلحقه مستلحق بطل حدّها.

ومن هذا المعنى مسألة الشرف من قِبَل الأم، فسئل عنها الشيخ الفقيه الصالح قاضي الجماعة أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الرفيع ونص الفتيا:

سألني سائل عن مسألة كتب بها إليّ وهي أن رجلاً قال إن أم أبيه شريفة وهو مع ذلك ينسب للشرف، فأجبتُه عن ذلك أنه لا يصح الانتساب إلى الشرف بهذا القدر. وقد قال تعالى: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾[1] وقال تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[2] وأجمع المسلمون أن البنات لا يدخلن تحت هذا اللفظ. وإذا لم يكن هذا الذي ينتسب الشرفاء إليه لأولاد بنات فاطمة ـ رضي الله عنها ـ فأحرى أن لا يكون لأولاد بنات أولادها. وقد كان لها ـ رضي الله عنها ـ بنتٌ من علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ وهي أم كلثوم تزوجها عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ ووُلد منها زيد الأكبر ورقية، ولم يكن الشرف لأحد من أولادها، وأريد بذلك الشرف الذي ينسب إليه الشرفاء اليوم. وأمامة بنت زينب ابنة رسول الله ﷺ وهي التي حملها رسول الله ﷺ وقال في قلادة جاءته «اعْطِها لأحبّ أهلي إليّ» فأعطاها رسول الله ﷺ لأمامة. تزوجها علي بن أبي طالب بعد أن توفيت فاطمة ـ رضي الله عنها ـ ثم تزوجها بعده المغيرة ثم نوفل بن الحارث بن عبد المطلب وولد له منها ولده يحيى، وبه كان يكنى على حد ما قيل في ذلك، ولم يكن هذا الشرف لأحد من أولادها.

هذا وقد علم أنّ ولد البنت ليس من الذرية ولا من العصبة ولا من عاقلة الرأس إذ لم تكن مشاركة في النسب[3]. وقد روى ابن القاسم عن مالك أن ولد

(1) سورة الأحزاب، الآية: 5.
(2) سورة النساء، الآية: 11.
(3) جملتان سقطتا من أ.

البنت ليس من أهل الرجل، وقد قال ابن القاسم [10 ـ أ] في موضع آخر: ولد بنت الرجل ليس من قرابته.

وسئل الشيخ الصالح أبو علي ناصر الدين المِشدّالي عن جواب الشيخ الفقيه القاضي ابن عبد الرفيع المذكور هل هو صحيح أو لا؟ واستُدعِيَ منه الجواب فأجاب بعدم صحته. قال الفقيه أبو علي حسين بن عبد الرحمن بن حسن: أمرني الشيخ أبو علي ناصر الدين المذكور لأجل اشتغاله بما هو أهمّ من أمور المسلمين بأن أُقيّد ما حضرني من الكلام في إبطال ما أفتى به القاضي المذكور في المسألة، فرأيتُ إشارته حتماً وغُنماً فقلت:

إبطال ما أفتى به يتقرّر بتزييف ما استدل به والاستدلال على نقيض فتواه.

فأما تزييف ما استدل به فاستدل بقوله تعالى: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ ﴾[1] إما أن يكون المراد به انسبوهم لآبائهم أو نادوهم بآبائهم أو معنى مغايراً لكل واحد من المعنييْن، والثالث باطل لوجهين: أحدهما أن الأصل عدم دلالتها على غير الأمرين، والثاني أن الذي يتبادر إليه الذهن من الآية هو إما الأول أو الثاني فيكون حقيقة في أحدهما، فلا يكون حقيقة في غيرهما وإلاّ لزم إما الاشتراك على تقدير أن يكون اللفظ موضوعاً لكل واحد منهما، وإما زيادة الاشتراك على تقدير أن يكون موضوعاً لكل واحد منهما، فيتعين أن يكون المراد بالآية أحد الأمرين. وأيّاً ما كان فلا تدل الآية على أن ولد الشريفة ليس بشريف. أما إن كان قوله ﴿ ٱدْعُوهُمْ ﴾ نادوهم فتكون الآية تدلّ على أن النداء بالأب مطلوب ولا يلزم منه أن يكون الشرف من جهة الأم أو الجدة غير ثابت لاحتمال جواز ثبوته مع ثبوت النداء بالأب لكونه من آداب الشريعة، فلِمَ قلتم إنه ليس كذلك؟ فلا بد من دليل. وأما إذا كان المراد بقوله ﴿ ٱدْعُوهُمْ ﴾ بمعنى أنسبوهم فلا يلزم من ثبوت النسب للأب أن لا يكون منسوباً للأم، وإنما يلزم ذلك أن لو كانت النسبة للأب تنافي النسبة للأم وليس أن الولد منسوب لأبيه وأمه بطريق البنوّة ولجدته يكون حفيداً لها وهذا أمر معلوم. فَلِمَ قلتم إنّ [10 ـ ب] النسبة للأم أو الجدة

(1) سورة الأحزاب، الآية: 5.

الشريفتين لا يقتضي الشرف. وسبب الآية قضية زيد بن حارثة وهي مشهورة؟

فلئن **قال**: إن النسبة للأب تنفي النسبة للأم ظاهراً عملا بالمفهوم، قلنا: لا نسلم أن ما ذكرتموه مفهوم اللقب وهو ليس بحجة، ولئن سلمناه لكُنَّا بيّنّا أن النسبة للأم ثابتة قطعاً بطريق البنوة، وشرط دلالة المفهوم عدم القطع بالمنافي.

وأما استدلاله بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۚ﴾[1] الآية، فلا دلالة فيها على دعواه، إذ لو نفت الآية الشرف عن ابن الشريفة لانتفى الشرف عن الحسن والحسين ضرورة أنهما ليسا أولاد صلب النبي ﷺ، ولا ثبت الشرف على ما ادعى هذ القائل إلاّ لمَنْ تناوله قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ﴾ وهي لا تتناول إلاّ لِمَنْ ثبت له الإرث ولا إرث للحسن والحسين من النبي ﷺ.

قوله: وأجمع المسلمون إلى آخره، قلنا: لا نسلم حجّته بل المسلّم هو عدم ثبوت الأدلة لهم لموجب أخرجهم عن إرادة الحكم بالإرث، ولا يلزم من إخراج بعض متناولات اللفظ عن الإرادة عدم التناول بحسب اللغة، وهذا يمنع قوله تعالى: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ﴾ إلى قوله سبحانه ﴿وَعِيسَىٰ﴾[2] ومعلوم أن عيسى ولد بنت، وقد أطلق عليه أنه من الذرية. سلمنا هذا كله، وأن ولد البنات لا يتناولهم لفظ الأولاد بطريق الحقيقة، لكن لِمَ قلتم إن الشرف لا يكون لأولاد بناتها؟ وما استدللتم به قد بيّنا أنه لا دلالة فيه.

قوله: وقد كان لها ابنة من علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ إلى آخره. قلنا: لا نسلم، وما الدليل على نفي الشرف عن أولادها؟ وما أصعب لفظ يسلب الشرف عن أولاد بنات النبي ﷺ من غير دليل.

قوله في قضية أمامة: لم يكن الشرف لأحد من أولادها فدعوى أيضاً، لأنه إما أن يريد أنه لم يطلق على أولادها اللفظ المركب من الشين والراء والفاء

---

(1) سورة النساء، الآية: 11.

(2) سورة الأنعام، الآية: 84.

فليس بمحل النزاع في حقيقة الشرف. وهذه اللفظة من مستعملات عصرنا ولكل قوم اصطلاح وإن أراد المعنى فلا نسلم.

وقوله: وقد عُلم أن ولد [11 ـأ] البنات إلى آخره، فكلام في غاية السقوط، وإنما يلزم أن لو كان سبب الإرث والتعصيب هو بعينه سبب في الشرف، وليس كذلك. بل الشرف وما ذكر أحكام متغايرة ولا يلزم أن تكون الأحكام المتغايرة سببها شيء واحد لتستويَ في ما ثبت لها، بل بينهما عموم وخصوص، فإذا ثبت الإرث ثبت الشرف، وقد يثبت الشرف ولا إرث، كما في ابن الولد مع تحجبه، فلِمَ قلتم إنه ليس كذلك؟

قوله: وقد روى ابن القاسم إلى آخره، قلنا: مالك وابن القاسم إنما حكما بهذا لأن العرف عندهما تقرّر بأن لفظ الأهل يختصّ ببعض أنواع القرابة، ويدل على ذلك وجهان؛ أحدهما أنهما لو تحققا أن العُرْف عندهما يشمل لفظُ الأهل أولادَ البنت لحُمِل عليه، لأنّ اللفظ حينئذٍ يصير حقيقة عُرفية فيُحمل اللفظ عليهما. وهذا هو أصلها في كتاب الأيمان وغيره.

الثاني: أن غيره من العلماء لما فهم أن لفظ الأهل يتناول ولد البنت حكم بدخوله تحت الحكم في التحبيسات وغيرها فدل ذلك أن التخصيص إنما جاء من سبب العرف لا من جهة وضع اللغة.

وهذا هو الجواب عن قول ابن القاسم: ولد ابنة الرجل ليس من قرابته، والله أعلم.

هذا تمام الكلام في تزييف ما استدل به في زعمه.

وأما الاستدلال على نقيض ما ادّعاه وهو ثبوت الشرف لابن الشريفة ولأمه فهو يتقرر بذكر قاعدة سمعتها من سيدنا الإمام العالم العلامة مفتي المسلمين أبي علي ناصر الدين، قال رضي الله عنه: الشرف له مراتب أحدها شرف العرب فإن لهم شرفاً على سائر القبائل. الثاني شرف قريش على سائر العرب. الثالث شرف بني هاشم على سائر قريش. الرابع شرف بني عبد المطلب على سائر الكل. الخامس أعلا درجات الشرف وأسناها شرف النبي ﷺ لمن له ولادة عليه.

فأقول: النبي ﷺ لم يخلف من أولاده ذكراً فالشرف الثابت لسبب [11 ـ ب] الانتساب إليه بطريق الولادة إنما هو لمن لبناته عليه ولادة. فابن الشريفة شريف وإن لم يكن الأب شريفاً، لأن سبب الشرف الولادة ونسبة الولادة إلى الأم حقيقة، لأن الولادة هي وضع الحامل فيختص بالأم. وإذا كانت الولادة وصفاً يختص بالأم كان الشرف الحقيقي المنسوب لولادة النبي ﷺ للأم فالشرف الحقيقي للأم فابن الشريفة شريف وابنه شريف لأنا بيّنّا أن الأب شريف بأخذ الأم. ومهما كان الأب شريفاً كان الابن شريفاً. ونسبة الولادة للأب بطريق المجاز لأن سبب الولادة وإطلاق اسم المسبّب على المسبب مجاز مشهور. والتحقيق أن الأب ليس سبباً تاماً بل أحد أجزاء السبب. فنسبة الولادة إليه مجاز وليس كذلك نسبة الولادة للأم.

قلت: إن قال قائل: شرف الحسن والحسين ـ رضي الله عنهما ـ إنما كان لأن الأم بنت النبي ﷺ والأب ابن عمه فنقول الشرف الثابت للحسن والحسين ـ رضي الله عنهما ـ إمّا أن يكون سببه الأم أو سببه الأب أو بسبب المجموع والكل باطل إلاّ الأول. أما بطلان الثاني فإن الشرف لو كان بسبب علي ـ رضي الله عنه ـ لكان إنما هو شرف بني هاشم وبني عبد المطلب وكلامنا في الشرف بسبب ولادة النبي ﷺ. وأيضاً: لو كان سبب الشرف عَلياً لزم أمران: إما ثبوت الولادة للنبي ﷺ على عليّ وإما شرف محمد بن الحنيفة لأن الشرف لو كان بسبب علي لكانت للنبي ولادة عليه وذلك باطل، وإذا بطل اللازم وهو ما ذكر بطل الملزوم وهو ثبوت الشرف من علي. وأما بطلان الثالث وهو ثبوت الشرف بهما فلأن انضمام ولادة علي إلى ولادة فاطمة إنما نشأ منه شرف مركّب من شرف الولادة وشرف بني هاشم وبني عبد المطلب وكلاهما [12 ـ أ] إنما هو في الشرف من جهة الولادة فلا تثبت إلاّ من جهة فاطمة ـ رضي الله عنها ـ والله أعلم بغيبه وأحكمُ، وبه التوفيق.

ووقعت هذه المسألة في مختصر شيخنا الإمام وكان ربما ذكرها في درسه قبل وضع مختصره. فقال: النزاع في أول هذا القرن ـ على ما بلغني ـ الخلاف

في مَن أمه شريفة وأبوه ليس كذلك. هل هو شريف أم لا؟ فأفتى الشيخ أبو علي منصور المدعو ناصر الدين من فقهاء بجاية بثبوت شرفه وتبعه جلّ أهل بلده. وأفتى الشيخ أبو إسحاق بن عبد الرفيع بعدمه. وسمعت شيخنا ابن عبد السلام يصرّح بتخطئة. . .[1] متمسكاً بالإجماع على أن نسب الولد إنما هو لأبيه لا لأمه. وقاله بعض من لقيت من الفاسيين. وقال: يلزم عليه أنه لو تزوج يهودي أو نصراني بعد عتقه وإسلامه من شريفة يكون ولده منها شريفاً وهذا لا يقوله منصف أو مسلم، أنا أشك!.

وألّف الفريقان في المسألة، وأقوى ما احتج به الأولون تمسّكهم بما تمسّك به ابن العطار، وبأن أصل الشرف من فاطمة ـ رضي الله عنها ـ وهو بنسبة الأمومة لا بنسبة الأبوة.

قلت: والحق أن ابن الشريفة له شرفٌ ما عن منزلة مَن أمه ليست بشريفة لا الشرف العرفي. وتمسكهم بما تمسك به ابن العطار يُردّ بما تقدّم. وتمسكهم بالقياس على ثبوته بالنسبة إلى فاطمة بجامع أنه شرف ثبت لولادة الأم يُردّ لأنه إنما ثبت بهذه النسبة في من ثبتت نسبته إليها بنسبة الأبوة فكان هذا الشرف الثابت في صورة الإجماع ثابتاً بالنسبة إلى فاطمة ـ رضي الله عنها ـ الثابت النسبة إليها بالنسبة إلى الأب، فحينئذٍ لا يلزم بثبوته في المقيس لأنه إنما يتصور ثبوته فيه بالنسبة إلى فاطمة ـ رضي الله عنها ـ بالنسبة إلى الأمّ وهي فاظمة وبالنسبة إلى الأب وهو أبو الولد المتكلم في شرفه الثابت بنسب أبيه إلى الحسن والحسين ـ رضي الله عنهما ـ [12 ـ ب] بالنسبة إلى الأب وهي في المقيس ثابتة بالنسبة إلى الأم وهي فاطمة وبالنسبة إلى الأم أيضاً وهي الولد المتكلم في شرفه. فهي في الأصول أقوى وفي المقيس أضعف، وذلك فرق صحيح واضح يقدح في القياس المذكور. ويؤيد صحة هذا الفرق اتفاق العلماء في ما علمت في باب الترجيح على أن نتيجة الدليل التي إحدى مقدمتيه ظنية والأخرى قطعية أرجح من نتيجة الدليل الذي مقدمتاه معاً ظنيتان.

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصول.

قلت: وأفتى شيخنا الإمام بأنه إذا دُعِيَ بالشريف فلا يجيب لئلا يثبت كونه شريفاً من جهة أبيه. وهذا على نحو ما أفتى به التونسيون، وعلى ما أفتى به أهل بجاية فيجيب من دعاه بذلك وهو على ما اختار محتمل. والصواب ما أفتي به أولاً، لأنه داعية إليه ثبوت نسبه بالشرف من جهة أبيه، فينبني عليه القتل لمن تعرض لنسبه بنقص أو حدّ القذف لمن نفاه عن نسبه إلى غير ذلك من الأحكام. وكان بعضهم من ينسب إلى الشرف من جهة الأم فشنّع على من نفى ذلك ويقول: هؤلاء يمنعون أن يقول الإنسان: أنا حفيد رسول الله ﷺ. ولا شك أن لفظ الشريف أشهر بالنسبة إلى الأبوة فعليها العمل، وغيره محتمل. وعلى ما اختار شيخنا يُقال له إنه شريف من قِبَل أمه، فإذا وقع هذا فلا عتب على من قاله، والله أعلم.

وقول ابن عبد الرفيع: كانت لعلي ابنة تدعى أم كلثوم يريد وأخرى تدعى بزينب من فاطمة وتقدّم أنها كانت تحت عبدالله بن جعفر.

وفي الزاهي لابن شعبان: إذا أوصى لإخوته فهو لجميع إخوته من قبل أبيهم وأمهم أو أحدهما لعموم قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ﴾[1] الآية. وإن قال لرجال إخوتي ونسائهم يشمل أطفال ذكورهم لأنهم في قوة أبيهم رجال في التعصيب وإناثهم، وبنو أبي: يشمل أشقاءه وإخوته لأبيه والذكر من أولادهم [13 ـ أ] مع ذكور ولده لأنهم من بني أبيه. زاد ابن شاس: وهذا يُشْعِر بعدم دخول الإناث تحت قوله بني، خلاف ما تقدم في الرواية في لفظ البنين. وإن قال لآلي وأهلي، فحكى الباجي عن ابن القاسم أنهما سواء وهم العصبة والبنات والعمات لا الخالات يريد العصبة ومن في تعددهم من النساء.

قال شيخنا الإمام: فتدخل بنات العم ولو بَعُدْنَ، هذا هو المشهور. ولابن شعبان: هم، من هو من جهة الأبوين ولو بَعُد. ولو قال: لقرابتي. حكى الباجي عن مالك بأن الوصية تقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد. وفي العتبية: لا يدخل فيه ولد البنت ولا ولد الخالة. وعن ابن كنانة: تدخل فيه

---

(1) سورة النساء، الآية: 11.

العمة والخال والخالة وبنت الأخ وبنات الأخت. وروى علي: يدخل فيه أقاربه من قبل أمه وأبيه. وعن أشهب: يدخل فيهم كل ذي رحم يحرم من قبل الرجال والنساء، ومن أدخل بني الأخت يلزمه دخول بني الخالة إلاّ أن تكون لحبسة الأب مزية.

وفي الوصايا من سماع عيسى: من أوصى لأقاربه بثلث ماله فهو لقرابته من قبل الرجال ولا شيء لقرابة الأم إلاّ أن لا يكون له قرابة من قِبَل الرجال. ابن رشد: إذا لم يكن له يوم الوصية قرابة من جهة الأب فهم لقرابة أمه اتفاقاً. وإن كان معه فهل تدخل قرابة الأم؟ وهو قول أشهب، أو لا تدخل؟ وهو قول ابن القاسم ورواية المتيطي. ثالثها: إن لم يبق من قرابة الرجال أحد دخلوا. وإن قال لمواليَّ فقيل يقصرون على موالي عتاقته فقط، وقيل الأولى مع أولادهم ومواليهم. وقيل هذا مع موالي أبيه وابنه ولو بعدا وأخته. رابعها وموالي عصبته. عزاها ابن رشد. وفي دخول المولى الأعلى إن لم يقم دليل على إرادة أحدهما قولان لأشهب ووصياها. فقال أشهب: إن كان عدد كل قسم ثلاثة فأكثر قسم الحبس على نصفين ولو كان أحد النوعين أكثر، وإن كان عدد أحدهما أقل من ثلاثة اختص به [13 ـ ب] الآخرون. ابن رشد: لو قيل يقسم على عددهم إن استووا في الحاجة لكان له وجه وأظهر من قول أشهب ويبدأ منهم الأقرب على الأبعد إلا أن يكون أحوج، كما قال في سماع ابن القاسم.

ولفظ القوم خاص بالرجال العصبة دون النساء لقوله تعالى: ﴿لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ﴾[1] الآية. ابن شعبان. فلو قال: لأطفال أهلي وصبيانهم وصغارهم، يخص من لم يبلغ ذكراً وأنثى. ولفظ شبابهم وأحداثهم يخص من بلغ منهم ولم يحمل الأربعين. ولفظ كهولهم يخص من جاوز الأربعين منهم إلى أن يحمل الستين. ولفظ شيوخهم يخص من جاوز الستين منهم. ولفظ الأرامل يشمل الإناث. قال جرير في قصيدته لعمر بن عبد العزيز:

(1) سورة الحجرات، الآية: 11.

هذي الأرامل قد قضَّيْتَ حاجتها   فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

وأمر الوصايا والأحباس على عرف الناس، وفي ما ذكرناه كفاية.

وسئل شيخنا الفقيه الصالح أبو القاسم أحمد الغبريني عمن حبس على ابنه الجائز الأمر جميع داره وبستانه المتصل بها بجميع حقوقهما ومنافعهما وما اتصل بهما، وعلى أولاده الذكور دون الإناث وأعقابهم وأعقاب أعقابهم ما تناسلوا، فإن لم يبق منهم أحد رجع الحبس المذكور على الأقرب ثم الأقرب الإناث منهم، وعلى أعقابهنّ ما تناسلوا. فإن لم يبق منهم أحد فتباع الدار المذكورة بعد اجتهاد القاضي ويصرف ثمنها للفقراء والمساكين. لا يغير هذا الحبس عن حاله. واستثنى المحبس المذكور بيتاً ومجلساً عينهما وما يتوصل إليه من منافع الدار المذكورة بسببهما واستغلال ربع غلة البستان المذكور على الإشاعة مدة حياته فإذا مات لحق ذاك بالحبس المذكور، وحاز الولد ذلك بموجبه وتضمن الشهود ما استثنى مما يحوز له، وتوفي المحبس وانقرض الولد وعقبه وخلص الحبس للفقراء فبيعت الدار وفرق ثمنها كما شرط وقام من ناب عن الفقراء وأراد بيع البستان بجميع حقوقه كالدار، فهل له ذلك أو تبقى غلته للفقراء أو لا يباع؟

فأجاب: لا أرى له بيع ذلك ويكون البستان والمراحيض [14 ـ أ] محبسة على حسب ما فعله المحبس المذكور، وبالله التوفيق.

ابن الحاج: في عقد حبس نصه: عقد محمد بن خليفة في صحته وجواز أمره لابنته نجمة الصغيرة في حجره ولمن يحدث للمحبس المذكور من ولد ذكر أو أنثى على السواء والاعتدال في جميع الفندق الذي ببطليوس بقرب الصباغين حده كذا بقاعته وجميع ما فيه وحقوقه حبساً صدقة على ابنته نجمة المذكورة ولمن يولد لهذا المحبس بعد هذا التحبيس من ولد ذكر أو أنثى وعلى أعقاب أعقابهم الذكران منهم والإناث وأعقاب أعقابهم الذكران والإناث ما تناسلوا وإن سفلوا أو بعد تعددهم وامتدت فروعهم. فإن انقرض من حبس عليه من غير عقب أو انقرضوا أو انقرضت أعقابهم ولم تبق لهم باقية والمحبس حي رجع

حبسه عليه بعد انقراضهم مطلقاً بلا تحبيس، وإن كان ميتاً فإلى أولى الناس بالحبس، فمحمد لا يباع حبسه ولا يوهب ولا يعاوض به ولا يحل عما شرط فيه من الوجوه فوق هذا حتى يرث الله الأرض ومن عليها وهو خير الوارثين، إلاّ في اجتماع ملائهم على بيعه لحاجتهم، فإن ظهرتْ حاجتهم واستبانتْ كان لهم بيعه. ومن احتاج منهم باع حظه وهم المصدقون في ما يذكرونه من حاجتهم. وإن ذهب قاض أو غيره إلى التصور في حبسهم والنظر فجميع حبسه راجع إليه إن كان حياً وإلى وارثه إن مات. وشرَط المحبس إصلاح ما وَهَى من الحبس من غلته بعد معرفته بقدر ذلك ومبلغه وتولّى المحبس احْتاز الحبس من نفسه لابنته ولمن يحدث لها. كما يحوز الآباء لمن يكون عليه من بنيهم إلى أن يبلغوا القبض لأنفسهم.

شهد على نفسه في جمادى الآخرة عام ثمانية وخمسين وأربعمائة [1066 م].

ونسخة العقد الثاني تتضمن تحبيس الفندق المذكور من الحاج المذكور على ابنته الصغيرة وعلى عقبها ما تناسلوا للذكر مثل حظ الأنثيين إلى أن يرث الله الأرض وإن انقرض العقب رجع إلى أولى الناس به [**14 ـ ب**] وشرط الشرط المذكور وتولّى احتياز ذلك من نفسه كما يجب فشهد عليه من أشهده به، وأشهد أن تصرفه في كراء الفندق من التاريخ إنما هو لابنته نجمة المذكورة.

وذلك في جمادى الآخرة عام ثمانية وسبعين وأربعمائة [1086 م].

وأجاب أبو محمد بن عتّاب وأصبغ بن محمد بأن التحبيس المذكور غير جائز ولا نافذ والفندق موروث بين ورثة المحبس على فرائض الله تعالى. وبذلك أتت الرواية عن أهل العلم.

وأجاب ابن رشد: إن شرط المحبس في حبسه رجوعه إليه في حياته بعد انقراض العقب يوجب أن لا ينفذ الحبس بعد وفاته إلاّ من ثلثه وكأنه أوصى بتحبيسه بعد موته لمن ذكر وعجَّل غلته لمن ذكر على سبيل العُمرى فالواجب إن حمل الفندق الثلث أن يمضي على ذلك ويكون ما صار للوارث يدخل فيه ورثة

المحبس لأنها وصية لوارث حتى ينقرض الموصى لهم من الورثة فيتخلص جميعه للعقب كمسألة ولد الأعيان. بهذا أتت الرواية عن مالك وأصحابه.

وأجاب بعض فقهاء بطليوس بأن العقدين اجتمعا على فصل وانفرد أحدهما بآخر. فالمجمع عليه شرط رجوعه إليه فمتى وقع قَطْع العقب فهي تنظر إلى مسألة الرقباء المذكورة في المدونة، لقوله: إن ماتت ابنتي وعقبها وأنا حي رجع إليّ وإن متُّ قبلهم فالحبس ماض في هذا الوجه كالرقباء.

ووقع في حبس العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم في من حبس على رجل شيئاً من ماله ويستثني مرجعه إليه فيمرض فيريد جعله لوارث، لا يجوز ذلك للوارث لا قليل ولا كثير ولا من الثلث، فهي وصية له. فلو كان المحبس صحيحاً ما قال هي وصية لوارث. وهي مسألتنا بعينها لمن تدبّرها.

ولابن المواز عن مالك: في من تصدق على أخيه بعبد بتلاً على أنه إن مات المعطى رجع إليه عبده وإلاّ كان للمعطى بتلاً فقال: إن مات المعطى أن لا يرجع العبد للمعطي والمعطى وارثه فهي وصية لوارث فلا يصح منها قليل ولا كثير إلاّ بإذن الورثة. ومثله لغير ابن نافع وزاد: سواء أجازها أو لم يجزها هي [15 ـ أ] باطل. ولها نظائر كثيرة لمن تأملها، فهذا بيّن فساد الحبس. والفصل المتفرد به أحد العقدين قوله: متى نظر فيه قاض رجع ميراثاً، وهو يقوّي بطلان الحبس. والتاريخ في العقدين واحد فهو مشكل في كلا العقدين، قاله محمد بن خلف.

جواب آخر: هذه المسألة أغنَى فيها مَن سلف عمَّن خلف، خوطب فيها من الأندلس للقيروان وأجاب أبو عمران الفاسي وابن عبد الرحمن بإمضاء الحبس ولم يريا الشرط موهناً للحبس ولا يبطل والذي قالاه هو الحق والمعتقد والصواب، وبه أُخِذ. ووقع في جوابها في أحكام ابن سهل فانظره. وموضع الشيخين من العلم والسبق بالمحل الذي لا يخفى ولم يقع في الروايات إلاّ ما يؤيد الفتوى.

جاء في الواضحة لابن القاسم: في من حبّس واستثنى المرجع إليه بجعله

حيث شاء إن كان سمى المرجع إليه فجعله حيث شاء فهو من رأس المال، وقال مطرف: هو من الثلث، فاختلافهما في المرجع لا في توهين الحبس. بل لعبد الملك في المجموعة: من قال داري حبس على فلان هي عُمرى. وسأل مكحول سالماً عن رأيه في الحبس، قال: ما أدركتُ الناس إلاّ على شروطهم في أموالهم وفي ما أعطوا. ولابن الهندي وقعت هذه المسألة في منذر بن سعيد فاستشار ثلاثة من شيوخ الشورى فلم يبطل واحد منهم الحبس.

وبمثله قال ابن المنذر وهذه صفة العُمرى ترجع إلى المعمِّر بعد موت المعمَّر.

وفي المشتمل لابن أبي زمنين: من أنشأ في عقد نص هذه النازلة فهو حجة.

وفي سماع ابن القاسم: من حبس على ابنه وابن أخيه داره حياتهما جاز للمحبس شراء المرجع من أخيه وهي عُمرى. وهذا كله يؤيد فتوى الشيخين، فاستخر الله وأنفذ الحبس لوجهه.

جواب ثالث: لهم عقد التحبيس عامل لا اعتراض فيه لأحد من الورثة الآن في شيء منه في حياة الابنة ولا على عقبها من بعدها وهي عندي عُمرى معقبة محوزة في صحة الأب بمثابة ما لو حبس على أجنبي وعقبه فحاز الأجنبي الحبس نسبة عدم إمكان ذلك في المحبس من إبطاله في حياته ولا يكون ذلك لوارثها [15 ـ ب] بعده. ولم أرَ لمن تقدم في هذا الوجه خلافاً، وإنما اختلفوا عند انقراض المحبَّس عليهم هل يكون مرجعه من رأس المال أو لا يكون إلاّ من الثلث إن حمله؟ ولم يقع السؤال عن هذا الوجه فاضربْ عنه.

قلت: ما أشار إليه في بعض الأجوبة أنه بعث بها إلى القيروان من إشبيلية في أحكام ابن سهل وهي: من حبّس على ولده وأعقابهم وأعقاب أعقابهم فإن ماتوا رجع إلى المحبِّس إن لم يكن لهم عقب وإن كان لهم عقب رجع إليهم، هل يجوز هذا الشرط وينفذ الحبس للعقب من رأس المال؟ فقد حِيز في صحة المحبّس ولا يردّ هذا الحبس الدين الحادث، أو يكون بمنزلة ما رواه يحيى في

الذي يعطي العطية لأخيه؟ فقال: يكون في الثلث. وعرِّفْني هل الحبس بمنزلة العُمرى التي ذكرها أشهب عن مالك في من شرط في العمرى إن مات المعمر رجعت إليه، وإن مات هو بقيت للمعمَّر حياته وحازها المعمَّر في صحة المعمِّر؟.

فقال: الشرط جائز.

وكذلك سنة العمرى اشترط ذلك أو لم يشترطه، فهل يكون الحبس إذا وقع فيه الشرط كما تقدم مثل العمرى فينفذ الحبس من رأس المال للأعقاب؟ بخلاف العطية يشترط فيها الشرط ولأي شيء اختلف الجواب في العطية وأجاز ذلك مالك في العمرى؟ فقد فرق ابن القاسم بين الصدقة والحبس، إذا تصدق على رجل بخادم واشترط عليه لنفسه خمسة أيام في الشهر، فقال: إذا كان على الحبس فلا بأس به، وإن كانت الرقبة بتلا فلا خير فيه، وأجازه ابن كنانة. فجاوب أبو بكر بن عبد الرحمن: عندي أنّ المحبس على شرطه، ومرجع ذلك إليه أو إلى ورثته فتكون مالاً لهم وترجع فيها الديون وذلك كالعمرى. وكذلك مسألة أشهب، غير أن مسألة أشهب تكون من ثلث المعمر بعد موته لأنه لم تصح إلاّ بعد موت المعمر، وهذا قول أشهب في غير موضع. ولابن القاسم مثل هذا في غير مسألة من هذا المعنى.

وأما الحبس المعقب فمن رأس المال، فأما تفرقة ابن القاسم بين الصدقة والحبس، ثم ذكر ما تقدم. فقال: الفرق بينهما وبين ذلك أنه إذا تصدق بشرط خمسة أيام من كل شهر فقد منعه [16 ـ أ] من التصرف ببيع وغيره، والصدقة مع التحجير فذلك لا يجوز عند مالك وابن القاسم، وقد أفتى فيها عبدالله بن عمر. وأما الحبس فجائز لأنه لا يُباع ولا يُوهَب ولا يغيّر عن حاله، فقول ابن القاسم أحسن من قول ابن كنانة.

وجاوب أبو عمران الفاسي: الحبس على الولد وعلى أعقابهم إذا حيز في الصحة نافذ ولا يبطل ما شرط المحبس إذا لم يكن عقب، لأنه عُمرى بعد عُمرى كما لو قال: في هذه الدار يسكنها فلان ثان ثم ثالث، فإن مات الثاني

والثالث في حياة فلان الأول ثم مات فلان الأول رجعت إليّ. وكذلك إن لم يوجد عقب في مسألتك. وأما مسألة سماع يحيـى فإنما هي عمرى شَرَط المعمِّر فيها أنه إن مات هو قبل المعمَّر كانت هبة للمعمر فصارت هبة الرقبة وصية لأن المعمر قيد الهبة بصفة بعد موته، فكل ما لا ينفذ إلا بموت الواهب فهي وصية. ومسألة سماع أشهب هي عمرى محققة ينتفع المعمر حياة نفسه فقط ثم مرجعها إلى ربّها شرط ذلك أم لا، لأن قول المعمر: عمرتك حياتك يغني عن قوله: فإذا متُّ رجعتْ العمرى إليّ، فلم يجعل للمعمِّر منها إلاّ الانتفاع بها حياة المعمر، فخالفت مسألة سماع يحيـى المقيدة بوصفين: أحدهما عمرى ما لم يمت ربها المعطي فتعود عطية وتبطل العمرى. فإذا آل الأمر إلى كونها بموت المعطي عطية لا عمرى ولم تصح إلاّ على وجه الوصية.

ابن سهل: كاد أن لا يكون في جواب المفتين إلاّ حكاية السؤال لأن السائل ذكر الروايات التي ذكرت معاً في جوابهما. وإنما الوجه الذي توهّمه السائل بإبطال الحبس أو يخرج من الثلث، كمسألة الإعمار التي في سماع يحيـى ورواية أشهب إذا قال المحبس: هذه الدار أو الرقبة حبس على فلان وفلان وعقبهما، فإذا انقرضوا عن آخرهم فيرجع ذلك إلى المحبس إن كان حياً، وإن لم يكن حياً، فإلى ولده دون سائر ورثته، فهذا إذا وقع لم يكن لولده منه شيء لأنها وصية لوارثها إلاّ أن تجوّزه الورثة للولد، وإن لم تُجزْه شاركوه في الأصل على وجه الميراث.

ولو قال: إن لم يدركني حيّاً رجع إلى ولدي [16 ـ ب] وولد ولدي أو قال إلى ولدي وابنه ولم يحز الورثة فهي كمسألة ولد الأعيان، فإن قال: على ولدي ثم من بعده في سبيل الله أو على المرضى بموضع كذا ووسِعَه الثلث دخل الورثة مع الولد في المنافع، فإذا مات صار إلى الوجه الذي ذكره كما مر.

فإن قال: فإن لم يدركني حياً رجع لولدي فلان ولا وارث غيره ولم يجعل له مرجعاً بطل حبسه إذا رجع للولد إذ ليس للوالد أن يوصي بتحبيس ما يخلفه للولد، إذ لا يجوز لأحد أن يحبس على أحد ماله ولو لم يحز المحبس عليه هذا

الحبس حتى مات المحبس لنفذ المرجع من الثلث إذا كان مرجعه لغير وارث لأنه وصية ولا يضر عدم حيازة الأول.

فإن قال: إن لم يدرك المحبس حياً نفذ للأجنبي أو في السبيل من ثلث المحبس، وكان وصية على ما في سماع يحيـى وأبي الحسن وأصبغ وغيرهم.

وكان الأمير عبد الرحمن حبس على ابنتيه من أم عبدالله فلانة وفلانة سنة اثنتين وعشرين ومائتين [837 م] جميع أملاكه بقرية فلانة من إقليم كذا. وكلف عقد ذلك يحيـى بن يحيـى ومحمد بن خالد فعقدا «حبّس الأمير على ابنتيْه فلانة وفلانة في حجره جميع أملاكه بقرية كذا من إقليم كذا فإن انقرضتا رجع ذلك إلى الأمير إن كان حياً فإن لم يكن حياً فإلى ولده دون جميع ورثته». ثم عرضها الأمير على ابن حبيب بمحضرهما فأعلمه أن الذي وَصَفَا لا يجوز، وهي وصية لوارث فأقرَّا بما قال، وقالا هو الحق. ثم قال عبد الملك: إن أراد الأمير أن يكون المرجع لولده دون نسائه وجدتُ له السبيل إلى ذلك بطريق الصواب. فقال له: وكيف ذلك؟ فقال: بأن يرجع المرجع بعد بنات عبدالله إلى ولده أو إلى مَن أحبّ حيّاً كان الأمير أو ميتاً، ولا يكون له من المرجع شيء فيكون كشيء بتله[1] الآن من ماله في حياته فيمضي. قال: فضعه على هذا، فلم أرد غيره. فوضع ابن حبيب على ذلك نسخة التحبيس ثم دعا الأمير بجملة أحباسه المحبسة على بناته فعرضها على ابن حبيب بمحضر يحيـى وابن خالد [17 ـ أ] وكانت بموضعهما فألفياها كلها لا تجوز إذا كانا شَرطاَ فيها المرجع للأمير كما مر ففسخها وضُربتْ على ما وَضع ابن حبيب وهي أربعة أحباس وذكرها.

وفي الواضحة: سألت مطرفاً عمّن حبَّس شيئاً من ماله واستثنى مرجعه إليه بجعله حيث شاء، فرجع وهو مريض ولم يرجع إلاّ أنه مرض فجعل مرجعه لوارث. فقال: لا يجوز للوارث من ثلث ولا غيره إلاّ بإجازة الورثة، لأنه سمع مالكاً في من أخدم عبده رجلاً حياته ثم جعله في مرضه لآخر بتلاً فهو من الثلث للمبتول له. فلما جعله مالك من الثلث كان ما جعله في مرضه للوارث باطلاً

---

(1) الصدقة البتلة: المنقطعة عن صاحبها.

لأنه مآله بعد المرجع يورث عنه. وأخبرني أصبغ عن ابن القاسم مثله سواء. أصبغ: وأنا أقوله إذا استثنى رقب الحبس. ولو استثنى المرجع ليتولى إنفاذه على سبيل التسبيل فيها وأن لا ترفع الرقبة وبيّنَ ذلك فرجع في مرضه فسبَّله على غير وارث فهو خارج من رأس المال. وإن سبَّله على وارث فهو ميراث إلاّ أن يمضيه له الورثة.

قال: فهل قول أصبغ على أصل أشهب لابن القاسم؟ تركتُه اختصاراً. وبهذا كان يتمّ ما سأل عنه السائل.

ومسألة استثناء خمسة أيام من الشهر. وفي سماع أصبغ يومين في كل جمعة، والذي في سماع يحيـى وأبي الحسن أشاروا إليها ولم ينصُّوها ولا أبانوا وجه العمل فيها. ورأيتُ بسْطَها بما تكلم عليه شيوخنا في سماع يحيـى: من أعْطى أخاه منزله في صحته وكتب في عقد عطيته إن مات المعطي في حياة المعطى له أو لم يحز ثم مات المعطي قبل المعطى له، فذلك كالوصية يكون للمعطى له من الثلث، ألا ترى أنه أنفذ تلك العطية إن قبل المعطي فكأنه إنما أوصى له بها وعجل له قبضها فهي وصية على كل حال، عجل قبضها في صحة المعطي أو ترك. وعن مالك ما يشبه هذا. أصبغ: وليس للمعطي فيها بيع ولا تحويل عن حال، فإن مات المعطي رجعت إلى المعطى له كالعمرى وإن مات المعطي كانت كالوصية في ثلثه ولا تكون كالوصية [17 ـ ب] في الرجوع فيها، وكذلك مسألتك.

وقال بعض شيوخنا عليها: إن كان الموصى له قبض المنزل في حياة الموصي ثم مات الموصى له رجع المنزل إلى الموصي. وإن مات الموصي قَبْل قُوّم مرجع الدار في ثلثه وللموصي الرجوع في المرجع، وللموصى له أخذ المنزل في حياة الموصي. فإن مات قبل الموصى له المنزل في الثلث لأنه وصية. وإذا قبض الموصى له المنزل في حياة الموصي ومات الموصي فعمرى على فإنما[1] يقوم له في الثلث المرجع خاصة، وإذا لم يقبض شيئاً قُوّم له

(1) كذا بالأصلين وثلاث جمل سقطت من ب.

المنزل كلهُ في الثلث. ومعنى تقويم المرجع[1] أن يقال كم يساوي هذا المنزل بعد سكنى الموصى له بقية عمره، يعمّر على الاجتهاد فتكون تلك القيمة في الثلث، لأن السكنى شيء قد قبضه الموصى له في صحة الموصي فوجب له سكنى بقية عمره من رأس المال والمرجع من الثلث. وإذا لم يقبض حتى مات الموصي[2] فيقوم له المنزل كله في الثلث لأنه لم يقبض شيئاً في حياة الموصي، والسكنى أبداً لا رجوع له فيه لأنه عطية في الصحة قد قبضها المعطى له. والمرجع إنما هو شيء يكون بعد موت الموصي فهو في الثلث. وما كان في الثلث فله الرجوع فيه غير المدبر. وللمعطى له قبض المنزل متى شاء في حياة المعطي. وإذا قبضه فقد وجب له سكناه بقية عمره، هذا من رأس المال لأنه نفذ في الصحة.

وقول أصبغ كانت كالوصية في ثلثه، يريد المرجع. قوله: ولا يكون كالوصية في المرجوع فيها، يريد السكنى لا رجوع له فيه وله الرجوع في المرجع.

هذا فقه المسألة وبيانها. والعجب من الإشبيلي المتكلف لطلب علمها بالقيروان وتركه لطلب ذلك بقرطبة عند أصحاب هذا الشأن وليس بينه وبينها إلاّ يومان.

قلت: لعله لم يكن في وقته بقرطبة مَن يعلمها كما ذكر، أو رأى أن فقهاء القيروان أكثر فقهاً من فقهاء قرطبة فأراد مزيد علم فيها منهم. وكان أصحاب ابن أبي زيد والقابسي وابن شبلون وابن أخي هشام وغيرهم من فحول علماء الأمة بالقيروان متوافرين وهي المشهورة بالفقه قديماً وحديثاً إلى أن أضرّ بها العرب. وحُقّ لها أن تأتي الفتاوي إليها حينئذ.

ولقد ورد على شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ أسئلة من غرناطة حاضرة الأندلس من الفقهاء المعتبرين في أصول الفقه [18 ـ أ] وغيرها وأجاب عنها

---

(1) جملتان سقطتا من ب.

(2) جملتان سقطتا من ب.

وقيّدنا ذلك عنه وتقدم في أول هذه المسألة في أصول الفقه منها وإن كان اعترض عليها فالتعقب لا يخلو منه زمان والاعتراض كما قال مالك: كل كلام فيه مقبول ومردود غير كلام صاحب هذا القبر، يريد به النبي ﷺ، يريد وكذا كل نبي في زمانه كذلك لأنهم معصومون من الخطإ وغيرهم معرض لذلك.

وفيه: كتب أيضاً من إشبيلية إلى القيروان: في من أوصي بتحبيس شيء من أصوله عيّنه على المساكين واشترط إن احتاجت ابنته إلى غلة ذلك رجع إليها وهي مصدّقة في ما تدّعيه من الحاجة.

وآخر أوصى بتحبيس أصل على مسجد معيّن إلى أن يولد له ولد ذكر أو أنثى واحتاج أحدهما فيصرف إليه. وإن احتاجت الابنة - يريد ابنة له - وله ابنة أو ابن ينصرف ذلك إليهم. فلم يولد له ولد، فهل ينصرف إلى الابنة إذا لم يصرفه إليها إلاّ إن كان معها ولد؟ أو يصرف إليها إن كان أراد بمعنى الحبس ويدخل معه الورثة؟ وكيف إن كانت ظاهرة الغنى وزعمت أنها محتاجة هل تصدّق؟

فأجاب أبو بكر بن عبد الرحمن: هذه وصية لوارث ويدخل سائر الورثة معها إن رجع ذلك إليها على وجه التبتيل أو رجع مرجع الحبس لا يبطل ذلك، لأن من أوصى لوارث بسكنى وأوصى بوصايا دخل سائر الورثة في السكنى، وكذا الخدمة ولو كان بتلاً فهو بين سائر الورثة، ويحاصّ أهل الوصايا ويكون بين الورثة، ولو لم تكن وصايا بطل كله ورجع ميراثاً.

وقد قال مالك في من حبّس على ولده حبساً وشرط لهم إن احتاجوا باعوا ذلك أو لحقهم دين، إن لأصحاب الدين بيع الحبس لأجل ما شرط المحبس لهم من البيع عند حاجتهم. والذي اشترط إن ولد له ولد واحتاجوا وله ابنة متى صحت حاجتها صرفت إليها وإلى من معها من الورثة. فيكونون معها فيه، كان بمعنى الحبس أو الصدقة البتلة.

قلت: في الوثائق المجموعة إذا لم [18 ـ ب] يقل يصدق عليه إثبات الحاجة ويحلف أن لا مال له باطنٌ يكتمه ولا ظاهر يعلمه فحينئذٍ يبيعه.

وأجاب أبو عمران: إن شرط تصديقها نافذ لأنه ماله شرط فيه ما أحب، والناس عند شروطهم في أموالهم وفي ما أعطوا، ولا يمين على الابنة إذ لم يفهم عن الميت مراد وجوب اليمين. وإذا كانت تحت رجل مليّ فليست محتاجة إلاّ أن يكون الميت قصد حاجتها إلى شيء لا يلزم تحت الزوج من تعريفهم عنه أنه قصده. وإذا انصرف الحبس إليها أو النفع به شاركها الورثة، فإذا ماتت فالعمل فيه على المفهوم عن الميت وعلى نص الوثيقة، هل قصد الميت إبطال الحبس على المساكين لحاجة ابنته أو قصد نفعها حياتها ثم يرجع إلى المحبس أو إلى ورثته؟ فيُعمل على ما يفهم من ذلك. وإذا جمع الميت الوصفين ولا له ولد غير ابنته وحاجة ابنته في شرط انصراف الحبس عن المسجد لم ينصرف عن المسجد إلاّ بشرط الوصفين وما انصرف إلى الورثة اشترك فيه جميعهم إن لم يجيزوا. وإذا كانت ظاهرة الغنى لم يلتفت إلى دعواها فقراً يعلم فيه كذبها حتى تصح دعواها.

ابن رشد في سماع ابن القاسم: من استحقّ منزلاً لفقره أخرج منه إن استغنى، ولو سكنه الغني لغيبة المحتاج ثم قدم فلا يخرج له الساكن، أو سافر بعض مستحق سكنى لبعض ما يعرض له فله كراء المسكن إلى أن يعود. ولو انتقل إليه أحد من أهل الحبس رُدَّ له وأُخرج مَن فيه.

ابن سهل: نقل أبو بكر في جوابه عن مالك: وقع في سماع ابن القاسم من حُبُس العتبية، في من حبّس على ابنتيه داراً وكتب إن شاءتا باعتا وإن شاءتا أمسكتا فرَهَقَهما دينٌ فللغرماء بيع الدار. ويعارضها قوله في تفليسها: ليس للغرماء أن يجبروا الغريم على انتزاع مال أم ولده ومال مدبره ويقتضيهم منه.

قلت: قد يُفرق بينهما بأن منفعة الدار حاصلة الآن للمديان [19 ـ أ] ورقبتها كذلك للحاجة إليها وقد انفك الحبس عنها. ومال العبد الأصل أنه له حتى ينتزعه السيد بدليل تسرّيه به، ولا يخالف هذا الأصل إلاّ مسألة الأيمان والنذور على تأويل فيها وبعض مسائل العتق وهو صفة للعبد لا للسيد بدليل

جواز بيعه بماله على المعروف، فالأصل بقاؤه على ملكه حتى يحدث فيه السيد حدثا يدل على الانتزاع.

قال: وفي رسم سلعة سمّاها: مَنْ حبس داراً حبساً صدقة على ولده لا تباع إلاّ أن يحتاجوا، فاحتاجوا واجتمع ملاؤهم على البيع باعوا وقسموا ثمنها ذكرهم وأنثاهم سواء. ولو هلكوا إلاّ رجلاً واحداً أراد بيعها قال مالك: له ذلك إن احتاج.

قلت له: ثَمّ امرأة بنت أخت الباقي الذي أراد البيع وهي من بنات المحبس قالت: إن بعتَ فأنا آخذ ميراثي من أمي، قال: لا أرى لها شيئاً.

وفي الموازية: لا حق فيها لولد بنات المتصدق، وإذا باعه الواحد فله الثمن كله ولا حق فيه لورثة من قد مات لأن من انقرض سقط حقه، وإن انقرض قبل أن يحتاج فليس لورثته ولا لفقيرهم فيها حق، رجعت كما يرجع غيرها من الأحباس.

ابن الحاج: من حبّس على ولديه الصغيرين وأعقابهما وحاز لهما بشرطه واشترط إن ماتا من غير عقب أو انقرض عقبهما رجع إليه بأجمعه يفعل ما أحب فيه، ولا ينتقض التحبيس، فالتحبيس جائز ثم ينظر فإن ماتا من غير عقب تصرف فيه بما يوجبه نظره وهو صحيح، لأن حيازته صحيحة. وإن توفي المحبس قبل ذلك نفذ الحبس لهم على ما شرط، إذ لم يشترط رجوعه يوم يرجع إليه ملكاً.

وفيه: إذا شرط المحبس أنه إن مات كان للمحبس عليه، وإن مات المحبّس عليه قبله رجع إليه. فإن مات المحبّس قَبْل كان ملكاً للمحبّس عليه، وإن مات الآخر قبل رجع المحبس بشرطه. وإن قال يرجع إلى ورثته [19 ـ ب] فهو كالعُمرى ويرجع بعد موت المحبس عليه لأقرب الناس بالحبس ميراثاً يوم مات وورثتهم بعدهم بمنزلتهم.

وفيه: إذا قال داري حبس عليك حياتي ثم هي في سبيل الله، فتخرج في سبيل الله بعد موته من الثلث عند ابن القاسم، ومن رأس المال عند أشهب. ولو

قال: هي لك حياتي ثم هي في سبيل الله فتخرج بعد موتي، فلا خلاف أنها تخرج بعد موته من رأس المال في سبيل الله.

قلت: ولا ترد عليها مسألة الوصايا إذا أسكن رجلاً داره أجلاً معلوماً أو حياته ثم هي لفلان بعد الأجل أو موته فحازها الأول فإنها من رأس المال عاش أو مات، لأنها هنا خرجت عنه للأمرين معاً في حياته مع جواز بقائه حتى يستحقها الآخر. وفي هذه المسألة قيّد إحدى العطيتين بحياته والأخرى بعد مماته فلهذا أحسن فيها الخلاف لا سيما أن العطف في الأولى مُتِمّ للثاني يقتضي الترتيب والتراخي، والله أعلم.

وفيه: في رجلين بينهما دار فحبّساها أيهما مات قبل صاحبه فنصفه حبس على الحي حياته، لا خير فيه، يريد لأنه غررٌ كل واحد يقول لعلّي أنا المتأخر، فإن نزل فليختلف فيه. فعلى قول مَن يقول الحبس على معين يرجع ملكاً يبطل هنا التحبيس ويتصرفان في الدار بما أَحَبَّا، وعلى القول بأنه يرجع مراجع الأحباس تبطل السكنى. فإذا مات أحدهما فتكون على مراجع الأحباس.

قلت: أصلها في المدونة مسألة الرقباء التي لم يعرفها مالك وفسّرتْ له فلم يُجزْها.

وسئل ابن رشد عمن حبّس على ابنته وعقبها وشرط إن ماتت ولم تعقب أو انقطع العقب في حياته أن يرجع إليه وإن ماتت بعده ولا عقب أو انقرض رجع إلى أقرب الناس فماتت بعده ولا عقب لها وللمحبّس ابن أخ وابن عم فأثبتت الحاجة وأراد الدخول مع الآخر.

فأجاب: شرط رجوعه إليه يوجب كونه من الثلث فإن حمله فهو لابن الأخ أو ما حمل منه ولا شيء لابن العم وتكون البقية [20 ـ أ] ميراثاً بين ورثة جميع المحبس يوم مات وكان لبقية الورثة الدخول مع الابنة في غلة الحبس في حياتها ولو حمله الثلث.

وسئل عمن حبّس على ولده الصغير حوانيت وعلى عقبه وعقب عقبه فإن انقرض عن غير عقب، أو كان وانقرض، رجع للمحبّس أو إلى أقرب الناس

بالمحبس، ومن انقرض منهم رجع للباقين. وإن انقرضوا كلهم رجع للمرضى والمجذومين والعميان بغرناطة، وإن احتاج إليه ابنه وأدركتْه فاقةٌ فله بيعه بعد إثباتها، وحاز بنفسه لابنه كما يحوز الأب لصغار بنيه، ثم كتم المحبّس هذا التحبيس حتى ملك الابن نفسه ثمان سنين ولا علم له، ثم توفي الأب فورثه الابن عنه لانفراده وعاش طويلاً ثم مات في طريق الحج فظهر هذا العقد بعد موته، هل يبطل الحبس أو يصيّر لمن صيّره إليه؟

فأجاب: إذا تضمن العقد رجوع الحبس ليد المحبس يقتضي أنها وصية فينفذ من ثلثه بعد موته، حيز عنه أو لم يحز، كذا الرواية عن مالك في العتبية والموازية وغيرهما. فالجواب أن ينظر لقيمة الحوانيت يوم موت المحبّس وإلى جميع ما خلّفه فإن حمله الثلث نفذ الحبس للمرجع أو ما حمل الثلث منه والباقي ميراث لورثة ورثته. وفي الوثائق المجموعة: نُقل عن ابن إبراهيم أنه يُخرَج من رأس المال وخالف الجماعة، انظره.

وسئل: عمّن حبّس على بنيه وعقبهم فإذا انقرضوا رجع لمسجد كذا إلاّ أن ينقرضوا في حياته فيرجع إليه وبعد موته للمسجد المذكور، فهل هو جائز أم لا؟

جوابها: يرجع إليه الحبس لشرطه فإن مات قبل انقراض العقب نفذ من الثلث أو ما حمل الثلث منه إلاّ أن يجيزه الورثة.

وسئل عمّن حبّس على ابنه وعقبه وبعد انقراضهم لمسجد كذا إلاّ أن يحتاج ويطول به عمره فيبيعه بنفسه، هل يجوز ويبطل الشرط أو يصح؟

فأجاب: الشرط المذكور إن كان في أصل التحبيس فيجب صرف الحبس إلى معنى الوصية فيمضي من الثلث على مذهب مالك وأصحابه أو ما [20 ـ ب] حمل الثلث منه.

ابن عات: إذا حبس الرجل في مرضه على جميع ورثته لم يدخل معهم غيرهم من أجنبي وعقب فذلك ملك لهم يبيعون ويصنعون ما شاؤوا. وكذا إن حبّس على بعض ورثته دون بعض لم يذكر غير ذلك فذلك باطل، وهو

موروث، قاله ابن القاسم وأشهب. وإن قال: حبسٌ على ولدي ولم يدخل معهم غيرهم فذلك باطل. قال محمد: إذا سمّاهم ولم يقل ولدي فيها. قال مالك: وإن قال حبسٌ على ولدي أو قال على ورثتي ولم يدخل معهم غيرهم ممن لا يرثه فذلك باطل. قال أشهب ويوقف ما حبس في المرض على ولده إذا خرج من الثلث لعله أن يأتي ولد ولده، فإن لم يولد ولده ويئس من ذلك له رجعت ميراثاً على القسم الأول من كلام ابن أبي زيد. وتقدم من كلام ابن سهل عن فقراء بعض القرويين مثل هذا قوله: ويوقف ما حبّس في المرض إلى آخره.

قلت: ظاهره أنه يوقف بمنافعه ولا يتصرف فيها فيكون لمن يحدث من مستحق الحبس. وكذا ظاهر حكايات المتقدمين في من يوقف لهم الحبس أنه يوقف بغلّته.

وفي الوثائق المجموعة ما يقتضي أنه تصرف غلّته للمرجع قبل حصول المحبس عليهم. قال في ترجمة استثناء المحبس بيتاً منها يسكنها حياته ما نصه: إذا انقرض المحبس عليهم وأعقابهم والحبس باق رجع الحبس في حياة المحبس بعد انقراض بنيه المحبس عليهم وأعقابهم إلى الوجه الذي جعل مرجعه إليه إلاّ أن يولد له، فإن ولد له رجع الحبس إلى ولده ولا يوقف الحبس في الفترة بعد موت المحبس عليهم في حياة المحبس إلى أن يولد له، لأنه قد يمكن أن لا يولد له أصلاً حتى يموت، فيكون في توقيف الغلة عمن تجب له من المرجع الذي جعل مرجعه إليه ضرر، وإن لم يكن له يوم انقراض ولده زوجة أمكنه النكاح متى شاء. وأما الولد فليس يتمكن له متى أراد.

وسئل شيخنا الإمام عمن أوصت بثلثها لعقب ولدها فإن لم يعقب رجع لإخوة له ثم إنها توفيت وتوفي [21 ـ أ] أحد الإخوة بعدها ثم توفي الولد ولم يعقب، فهل يكون ثلث الوصية لورثته أو لورثة الوصية.

فأجاب: حظ الأخ الميت من ذلك لورثته لا لورثة الوصية. ونحوه أفتى شيخنا الغبريني في هذه المسألة فجعل الحكم فيها من يوم الموت لا من يوم المرجع، وهو نحو من هذا الذي ذكرنا عن ابن فتوح.

ابن الحاج: من حبّس على من يولد له فتزايد له ذكر وأنثى فباع الحبس،

فأفتى بعضهم بجواز بيعه ويبطل الحبس. ولابن المواز عن مالك: إجازة مثل هذا الحبس ولا يجوز بيعه قبل أو يولد له. وحكى ابن الهندي في التحبيس على الحمل اختلافاً، فالفتوى على القول بعدم صحته وجواز بيعه قبل الولادة وبعدها. وذهب بعضهم إلى ما حكى ابن المواز وتعجب من الفتوى بخلافه.

قلت: وعلى هذا مشى صاحب الوثائق المجموعة وعقد فيه محضراً يقتضي التحبيس عليه وعلى أعقابه ورجع إلى المحبس وما يذكره من المرجع، وجعل الحوز فيه كما يحاز للأبناء الصغار حتى يلوا أنفسهم، ثم نقل عن ابن سعيد أن بعضهم زعم أن التحبيس على الحمل لا يجوز، والصواب الجواز. وذكره عن ابن السليم وعن ابن زرب، وأن محمداً بن عبد الملك فعله بحمل زوجته، وأنه تزايد له منها ولد سماه محمداً وقرره بعد كبره وحضور مجلسه القاضي ابن السليم له، واحتجوا له بجواز ذلك على الأعقاب وأعقابهم ما تناسلوا وهم غير مخلوقين فضلاً عن أن يكونوا حملاً.

قلت: إن كان هذا التحبيس مانعاً لموجودٍ من الأولاد فلعل جوازه لتعلقه بموجود والمعدوم تبع فلا حجة فيه. وإن كانوا غير موجودين بكل وجه أو أن أولهم حمل فلعله يقول لا يجوز إلاّ أن يثبت في مسألة الأعقاب إجماع فيقاس عليه. وظاهر المدونة في شفعتها وعتقها أن الحمل لا يعد حتى يوجد. قال: لا يأخذ له الوصي بالشفعة إذ لا ميراث له حتى يولد ويستهل.

ابن الحاج: من حبس ربعاً على ذكور بنيه وأعقابهم ما تناسلوا ثم على بناته وأعقابهن كذلك ثم على بني أولاد الأخ وأعقابهم كذلك، فانقرض بنوه وبناته إلا بنتاً أخذته [21 ـ ب] حياتها وتوفيت وتركت حفيدة للبنت، هل تكون أحق بالمحبس من أولاد أخ المحبس المذكور؟

جوابها لابن فرج مولى الطلاع: ليس للحفيدة في الحبس دخول إذ ليسوا بعقب، وهو قول مالك والحبس لأولاد الأخ.

قلت: هذا على القول إن لفظ العقب كالولد أو لأنه لم يكرر لفظ العقب. والتأويل الأول أولى لقوله إذ ليسوا بعقب.

وفيه: من حبس على ابن ابنه فتوفي الحفيد المذكور وترك ابنة واحدة وحفيدتين، فماتت البنت وخلفت ذكرين وتوفيت إحدى الحفيدتين وخلفت ابناً وابنة، وتوفيت الأخرى وخلفت بنتاً. من يستحق الحبس من هؤلاء؟ جوابها ابنا البنت أحق لكونهما أقرب للمحبس.

قلت: لعله حبس على ابن ابنه وعقبه أو نحو ذلك مما يشمل ذريته وإلاّ فظاهره أنه تحبيس على معيّن فيجري على ما تقدم.

وفيه: من حبس على ابنه قرية كذا وعلى من يولد بعده، وكذا قرية ثانية وثالثة ولم يذكروا على أعقابهم وأعقاب أعقابهم وهو مراده.

جوابها: الشهادة على خط شهود التسجيل عاملة يثبت بها الحبس، فإن أثبت الوصي القائم أن مقداماً من ولد المحبس وُلد بعد سُكينة صح التحبيس لحفيدتيْه لابنه وقضي لهما به، ولم يلزم الوصي ما دعى إليه العصبة من إثبات الوفاة وعدّة الورثة والأملاك إذا كانا فقيرين بأنهما حفيدتا المحبس[1] وأن الأملاك على سبيل الميراث عن المحبس. وإن ادعى الورثة بأنه اكتسب الأملاك بعد التحبيس فعليهم البيان بإثبات ذلك ويملكه إياه مع الحيازة. وإن لم يثبت القائم أنّ مقداماً وُلد بعد سكينة وادعى الورثة ولادته قبلها حلف الورثة وكان القول قولهم، فإن نكلوا وقالوا: لا علم لنا حلفت الحفيدتان بأنه ولد بعدهما. ومن كانت منهما صغيرة وقف حظها إلى البلوغ فتحلف عليه وتأخذه.

وسئل ابن رشد عمن له أربعة أولاد ذكرين وأنثيين حبس في مرضه على الذكرين دون الأنثيين وحضرت البنتان [22 ـ أ] فأجازتا فعل أبيهما لأخويهما ولهما سبعة أعوام مع أزواجهما ولم يظهر منه لهما تسفيهٌ ولا ترشيد هل تمضي إجازتهما لإخويهما أم لا؟ وهل ذلك ترشيد لهما من الأب أم لا؟

فأجاب: إذا بلغتا سبعة أعوام فهما محمولتان على الرشد ويلزمهما إمضاء الحبس بما أمضتا في حياة الأب.

---

(1) كلمتان غير مقروءتين بالأصول.

وسئل شيخنا أبو القاسم الغبريني عمّن حضرته الوفاة تصدق على ولده الصغير في حجره بربع وحازه له بإشهاده بذلك، واشترط أنه إن مات ولم يخلف ولداً ذكراً فهي حبس على الضعفاء من أهل المتصدق المذكور، فإن لم يكونوا فالصدقة لولده الذكر. هذا إن مات الولد وهو بحال حجر، وإن مات وهو رشيد ولم يبع الصدقة المذكورة فكذلك. فإن باعها وتصرف فيها فقد فاتت ولم يكن لهذا المتصدق المذكور وارث غير ولده المذكور مع أمه المذكورة فحضرت الزوجة المذكورة وأجازت الصدقة المذكورة طوعاً منها ورفعت حقها فيها ومات المتصدق المذكور من مرضه وبقي الولد يتصرف في الصدقة المذكورة فتزوجت أمه وولدت أولاداً ثم ماتت وقام أولادها على هذا الولد المتصدق عليه وزعموا أن ميراث أمهم باق في الصدقة وهو الربع المذكور، لم تسقط إجازتها لتلك الصدقة لأنها أسقطت حقها قبل وجوبه، وأن ملك الصدقة فاسدة لوقوعها في المرض والأب حاز بالقول والإشهاد. ومن جملة ذلك الربع المتصدق به دار السكنى ولم يخرج منها الأب بل مات فيها في يوم صدقته، ولأن إجازة الأم صدقة تفتقر لحيازة على القول بإمضاء ما فعله الموصي عطية لا يتقيد. فهل هذه الحجة نافعة أو لا؟

فأجاب بقوله: قال مالك في الوصايا الثاني منها في ترجمته: من أذن له ورثته في مرضه أو صحته أن يوصي بأكثر من ثلثه أو لبعض ورثته والمديان يجيز وصية أبيه إذا أوصى المريض بأكثر من ثلثه واستأذن ورثته في مرضه في إجازة ذلك فأذنوا له ثم رجعوا بعد موته. فمن كان. . . [1] عنه من ولد أو أخ أو ابن عم [22 ـ ب] وليس ممن في عياله، فليس لهم أن يرجعوا. وأما امرأته وبناته اللواتي لم يبن منه[2] وكل من في عياله وإن كان قد احتلم وعصبته الذين يحتاجون إليه ويخافون إن منعوه وصح أضرّ بهم في منعه رفده فلهؤلاء أن يرجعوا إن رأى أن إجازتهم لذلك خوفاً مما وصفنا.

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصول.

(2) كذا بالأصول.

قال: في هذه المسألة فوائد، منها: الجواب عن هذه المسألة، الأولى ومنها قوله فيها: واستأذن ورثته على أنه لو لم يستأذنهم فأجازوا له ذلك وابتدروه به فلا رجوع لهم، وقد ذكر في السؤال أنه طوع. فإن كان على معنى أن الزوجة طاعت بذلك مبتدئة به فلا رجوع لها وهو قول أكثر الأشياخ. الثاني قوله: ثم رجعوا بعد موته والمرأة المجيزة لم ترجع عنه لا سيما قد حييَتْ بعده دهراً طويلاً لذكره أنها ولدت أولاداً من غيره بعده ولم يعلم لها رجوع. الثالث قوله: إن رأى أن إجازتهم لذلك خوفاً مما وصفنا فدل على أن رجوعها لو رجعت لا يفيده إلاّ بشرط أن تكون إجازتها خوفاً مما وصف، ولو رجعت في الوقت السائغ لها لكان عليها الحلف. وأما قوله: إن أجازه لا يحتاج إلى حيازة فليس كذلك، لأن تبرعات المريض حكمها حكم الوصية فلا تفتقر لحيازة وإن كانت في الثلث، إلاّ أن يجيز الورثة الزائد في غير الوارث أو الجميع في حق الوارث. ولمالك في المدونة: السنة في فعل المريض المعروف، في ثلثه. وقال أيضاً فيها: وما أقر المريض أنه فعله في مرضه من عتق وغيره فهي وصية وغير ذلك مما يؤيد هذا.

قلت: ما ذكر من إجازة الأم فهو صحيح. وما ذكر أن إجازتها لا تفتقر إلى حيازة فيجري على الخلاف، هل هو تنفيذ أو إنشاء؟ وقد ذكر ذلك في مسألة من أوصى بجميع ماله وليس له إلاّ وارث واحد مديان، فأجاز ذلك فلغرمائه رد الثلثين فجعله إنشاء فعلى هذا يفتقر لحوز. وما ذكره أن أجازتها لا تفتقر إلى حوز لأن فعل المريض لا يفتقر إلى حوز، فالذي قال في المريض صحيح لكنه من فعل الزوجة وهي صحيحة لا من فعل المزيض، والمسألة تجري على ما لم يجب، وجرى سبب وجوبه كالكفارة قبل الحنث وتقديم الزكاة [23 ـ أ] قبل تمام الحول إلى غير ذلك. ولو أجاز الوارث ذلك والموصي صحيح فادّعى بعضهم الإنفاق لأنه لم يجر سبب الوجوب. وكذا تقدم الكفارة قبل اليمين والزكاة قبل ملك النصاب أو قبل ابتداء الحول[1].

(1) ثلاث جمل سقطت من أ.

ابن الحاج: في رسم منعقد ونقلته على وضعه لتشعب الورثة فيه وأنه توفيت فاطمة وفخر ولم يبق لهما عقب، وكان للمحبس محمد بنون وبنات عبد الرحمن ونزيهة وهند. فبقي من عقب عبد الرحمن عبد الملك وأخته، ولعبد الملك بنون وبنات، وعبد الملك هو ابن الحسن بن عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الرحمن المذكور، وكان لعبد الرحمن المذكور ابنة توفيت عن ابن وهلك الابن عن بنينَ وبنات، وللبنين بنون وبنات وبقي من عقب أم هند ولها بنون وبنات، وهند هي ابنة نزيهة وعامر وله أخوات لأب ولعامر بنون وبنات ولأخوات عامر بنون وبنات، وبقي من عقب عبد الرحمن ابنة هند المذكورة بنت المحبس محمد. بين لنا من الداخل في الحبس ممن ذكر.

فأجاب: قد تضمن العقد تحبيسه كما تضمن العقد تحبيسه على ابنة المحبس فاطمة من أم ولده فخر حياتها ثم على أمها المذكورة إن كانت حية ثم على سائر ولده منها ذكورهم وإناثهم سواء بينهم. قال: فإن لم يكن له ولد من فخر رجع الحبس على سائر ولده من غيرها على الشرط المذكور ثم أعقابهم وأعقاب أعقابهم ما تناسلوا. فالواجب إن لم يكن للمحبس ولد من فخر غير فاطمة أو كان سواها وانقرضوا قبل رجوع الحبس إليهم أن يدخل فيه جميع من سميت أنه بقي من عقب عبد الرحمن ابن المحبس، وهم عبد الملك وأخته وبنوه وبناته ولا يدخل بنو أخوات عامر ولا بناتهن لأنه لا يرجع نسب أحد منهم إلى نزيهة ومن لا يرجع نسبه إليها فليس من عقبها، ويدخل أخوات عبدالله والد عامر ولا يدخل بنوهن ولا بناتهن، ويدخل من ذرية هند ابنة المحبس هند بنت أَمَةِ الرحمن بنتُ هند المذكورة، ولا يدخل أحد من بني هند هذه، ولا من بناتها. هذا الذي أقول به لأنه أصح الأقوال في المعنى، وبه جرى العمل والفتيا أن يدخل ولد البنات إلى الدرجة التي ذكر المحبس من العقب ولا يدخلون في ما سفل عنها. وبالله [23 ـ ب] التوفيق.

ابن الحاج: شهادة الشهود في الشجر حبساً ولم يميزوا الحبس من الشجر الذي هو غبر الحبس ولا عينوه، فشهادتهم فيها ضعف ووهن. والذي أراه

لحوق اليمين في مقطع الحق لصاحب الشجر أنه لا يعرف فيه حبساً ولا شيئاً مما شهدوا به. وبهذا أفتى الشيوخ في مثل هذه النازلة.

وفيه: عقد الاسترعاء عامل في الحبس لا يوهنه عدم نسبته إلى محبّسه، وعدم ذكره كونها ملكاً له إلى أن حبسها، إلاّ أنه لا يثبت بشاهدين. وفي البلد جماعة عدول لا يعرفون ذلك على ما روي عن ابن القاسم فيه.

أقول: وهو خلاف دليل المدونة: فإذا أثبت المقوم عليه ما ذكره من أنها ماله وملكه وفي يديه واعتماره منذ المدة التي ذكرها كانت الشهادة بذلك أعمل من الاسترعاء بالتحبيس لتقدم تاريخه، قاله ابن رشد وابن عتاب في الطرر.

وعن ابن رشد: إن شهدوا في السماع أن فلاناً من عقب المحبس ولا عقب له سواه جازت الشهادة إن عجز عن إثبات البينة القاطعة ويأتي لابن رشد نحوه.

ابن الحاج أيضاً: لا تتم حيازة الأملاك بالحبس إذا كانت ليست بمحدودة ولا موصوفة في عقد الحبس بغير شهود الأصل، وهم قد بادوا كما ذكرنا فلا سبيل إلى نفوذ الحكم بالحبس.

وفيه: من بيده حبس من مال أبيه فأثبتت ابنة أنه ملك لأمها وأمه فأثبتت بشهادة السماع أنه حبس، فبينة الملك أعمل لأنها تقطع بالشهادة إلاّ أن تقطع بينة الحبس على المعرفة والقطع فيقضى بأعْدل البينتين.

وفيه عن عبد الملك: إذا شهد شاهد بحبس لقوم حلف معظمهم واستحق جميعهم الحاضر والبادي كما يستحق الحبس من حلف ومن يولد بعد.

وفيه: في من شهد في حبس مع غيره فرُدّتْ شهادته لموجب، ولم يثبت الحبس فاعتقد بطلانه فعارض المشهود عليه بالحبس ببعض ما كان شهد فيه، فهل تنقض المعارضة أم لا؟ فقد أفتى بعض الفقهاء بفسخ المعارضة وردّ كل ربع إلى يد [24 ـ أ] مالكه الأول، وأفتى بعضهم بأن ربع الشاهد يبقى بيد المشتري لا يأخذ فيه عوضاً فيبقى الثمن والمثمون بيده ووقع الحكم بهذا، فهل يفسخ أم لا؟

جوابها: ما حكم به القاضي من إعمال شهادة الشاهدين منذ إخراج ملك الحبس من يده فهو أحد الأقوال في هذا المعنى. فإن كانت شهادته في الملك المذكور أنه حبّس على البائع وجب أن يعيد القيمة العوض في غلة هذا الملك إلاّ أن يشاء البائع أن يعطيه القيمة المذكورة ويأخذ ملكه. ولو شهد أن الحبس لغير البائع أخرجه الحكم عن يده ووقف للوجه المشهود عليه ولا يرجع على البائع بشيء من العوض.

قلتُ: هذا ظاهر المدونة في هذا الأصل. ففي عتقها الثاني: لو رد شهادته ثم اشتراه أحدهما عتق عليه. قال أشهب: إن أقام على قوله بعد الشراء، وأما إن جحد وقال: كنت كاذباً، لم يعتق عليه. فعلى قوله هذا إن رجع عن شهادته في الحبس، وقال: كنت كاذباً، فيطيب له الحبس المشترى.

وكذا على مذهب ابن القاسم: إذا أقر أحد الورثة بأن أباه أعتق هذا العبد وأنكر سائر الورثة ومعه عبيد وقسم فصار له في القسمة. قال: يعتق عليه، وإن كان غيره فلا يعتق عليه، ويستحب أن يجعل ما قابل نصيبه منه في رقبة أخرى كما لو كان وحده، فلا يعتق عليه بالقيمة، إذ ليس هو المعتق على دعواه، ويستحب أن يجعل ما قابل نصيبه منه في رقبة أخرى، ويكون ولاؤه لأبيه.

وتقدم في الشهادات عن الشعبي وغيره: إذا شهد الشهود في حبس ثم ألغيت شهادتهم في بيعه فالذي عليه العمل سقوط بيعها إن لم يشهد معهم غيرهم: زاد في الحديرية: وإن شهادة الحبس ثبتتْ بنحو خمسة أعوام والشهود أعلام فالذي عليه العمل وقاله ابن خزيمة، إنه إن لم يشهد معهم غيرهم في الحبس فهي ساقطة في الحبس والبيع مع اتحادهما واختلافهما. وأفتى [24 ـ ب] ابن حارث بإن الشهود إن كانوا عالمين وقت البيع أن شهادتهم سبقت في الحبس في هذا بعينه فشهادتهم ساقطة في البيع والتحبيس معاً، وإن لم يثبت ذلك فشهادتهم فيها جائزة وينظر القاضي في ما يجري الله، فما صح عنده من ذلك فيعمل عليه. وزاد ابن رشد في القول الأول: إلاّ أن تقوم بينة على خروج التحبيس من يد المحبس أو يكون معهم آخرون كما تقدم.

وفيه: إذا قال الشاهد ما تُقبل شهادتي، ثم قال: ما أشهد إلاّ بحق، فأكثرهم على ردّها، ومنهم من قبلها إلاّ أن يكون قال: داخلني الشك.

قلت: الذي تقدم لابن حدير إنما هو إذا قال: ما شهدت إلاّ بحق، ثم قال: لا يقبلها لما نالني فيها من المشقة من المشهود عليه، حكى فيها الخلاف وهذه الشهادة حق لم يقع فيها رجوع إلاّ بسبب ما ناله فيها، بخلاف التي قبلها.

وفي الحديرية أيضاً: إذا ادعى أحد الورثة أن أباه حبس عليه دار كذا من حومة كذا وأنها حصلت تحت يده بسبب ذلك وأنكر سائر الورثة، فالواجب إن إثبت المدعي أنه قبض الدار في حياة الأب وصحته فإذا ثبت فيعذر لبقيتهم في ذلك، فإن لم يكن عندهم مدفع مضت حصته من الدار حبساً على الوجه الذي ذكره. وكذا إن أقرت أم القائم بذلك مضت حصتها من الدار حبساً وتمضي بقية الدار ميراثاً لبقية الورثة بعد حلفهم أنهم ما يعلمون للقائم فيها قبضا في صحة أبيه ويحلف القائم أيضاً إنه ما يعلم أباه أوصى لبعض بني الورثة بشيء إن كانوا صغاراً وقام به آباؤهم ولا عينوا الوصية، ولا يمين على زوج القائمة إن كانت امرأة في هذا في تغييب الوصية إلاّ أن تكون ممن يُظَنّ بها هذا.

قلت: لا يدخل في هذا ما تقدم من عدم عتق البعض من العبد الذي أقرّ به لبعض الورثة أن أباه أعتقه لأن عتق بعض [25 ـ أ] العبد قامت البينة بخلافه، بل يستكمل عليه إن كان العتق منه. وهنا حبس بعض الدار جائز فكذلك أمضاه هنا.

ابن الحاج: إذا افتقر المحبس وتزايد له أولاد بعد الابنة المحبس عليها وتزوجت هي واحتاج البنون الحادثون وثبتت ضرورتهم لبيع الدار كلها لتعذر بيع بعضها وأسقط الأب ما استثناه من سكنى القرية وسدس ثمن الدار وابتيع بالباقي دار تكون محبسة فأثبت الأب فقره وفاقته وسأل أن يفرض له من ثمن الدار المحبسة المبيعة بالشرط المذكور ما يسد خلته، هل له ذلك أم لا؟

جوابها لأصبغ بن محمد: لا يفرض له من ثمن الدار إذ لا يصح ملكه ويفرض له من غلتها إن فضل منها شيء عما يحتاج المحبس عليهم، قاله ابن رشد.

وسئل ابن رشد عمّن حبس على فقراء بني إسحاق فاشترى رجل نصيب واحد معيّن له نصيب منه بثمن ثم خاف أن لا يصح له البيع لشهرة الحبس فعقد له على أكترائه خمسين عاماً وتملكها المكتري أعواماً وتوفي فقيم على ولده فأظهروا عقد الشراء فأخذ عليهم فيه فأظهروا عقد الكراء وتعلقوا به إلى آخر مدته أو موت المكتري، فهل يصح الكراء لهذه المدة أم لا؟ وهل تحبيسه على فقراء بني إسحاق كالتحبيس على معيّنين أو كالحبس على المساجد؟

فأجاب: إن وقع الكراء لهذه المدة على النقد فسخ، وفي جوازه على غير النقد قولان، الصحيح منهما عندي المنع. وهذا في ما ينفسخ به الكراء بموت المكري كمسألتك. وأما الحبس على المساجد والمساكين وشبههما فلا يكريهما الناظر لأكثر من أربعة أعوام إن كانت أرضاً أو أكثر من عام واحد إن كانت داراً، وهو عمل الناس ومضى عليه عمل القضاة. فإن أكرى أكثر من ذلك مضى إن كان نظرا على مذهب ابن القاسم وروايته ولا يفسخ.

قلت: وقعت [25 ـ ب] هذه المسألة في أول كتاب الأقضية من أحكام ابن سهل وذكر أنها نزلت ببطليوس.

من اكترى أرضاً محبسة خمسين عاماً ثم قام النسوة المكريات المحبس عليهن على الغارس يطلبن فسخ الكراء بعد سبعة أعوام أو نحوها وطلبن الكراء، وكان الحبس لم يثبت إلاّ بإقرارهن وامتنع المكتري الغارس من ذلك، وهو أبو شاكر أحد فقهاء تلك البلدة وبه وقَّعتُ فكتب إليّ بها أبو شاكر وقاضيها ابن خالص وكتبت جوابها لأبي شاكر وكان أنكر عليّ فسخ الكراء فأجبته: من المعوّل عليه في الفتوى في الأحكام قول ابن القاسم لا سيما إذا كان في المدونة ثم على ما وقع فيها لغيره، هذا الذي سمعناه قديماً في مجالس شيوخنا الذين تفقهنا عندهم، وعلة ذلك اعتماد الناس في المغرب عليها حتى أنست نفوسهم وألفتْ معانيها وتقررت عندهم وصحت أصولها وفروعها، وما سبق للنفس أَلِفتْهُ، وذكر ما تقدم في أول هذه المسائل.

ثم ذكر مسألة المدونة في الأكرية، كراء أرض المطر عشر سنين ولا ينفذ فيها إلاّ لعام واحد قرب الحرث ووقوع المطر. ثم ذكر مسائل كثيرة مجلوبة من المدونة والعتبية والواضحة. الوقار من أنه لا يجوز كراء الحبس إلاّ إلى سنة ونحوها ولا بأس بكراء الدور السنة وفوق ذلك إلى عشرين سنة من غيره.

ثم ذكر مسائل المساقاة منها: وفي سماع ابن القاسم: لا تجوز المساقاة إلى أجل بل إلى الجذاذ. وما أجاب به ابن رزق من جواز عقد الكراء سبعين عاماً فيبطله ما تقدم، ولا سمعتُه ولا رأيتُه، وإنما حُكي لي عن المنصور بن أبي عامر أنه اكترى موضعاً حبسا إلى سبعين عاماً، وهذا لو صح نقله فلا يصح أصله ولا يجوز العمل به لما ذكرناه عن مالك وأصحابه.

وفي وثائق ابن العطار الذي جرى به العمل قبالات أرض الأحباس لأربعة أعوام وهذا الذي شاهدناه بقرطبة، ودور الأحباس والحوانيت إنما تكرى عاماً فعاماً، وشاهدنا ذلك من قضاتها بمحضر فقهائها مراراً.

وقد رأيت مسألة نزلت [26 ـ أ] بقاضي الجماعة حفيد ابن زرب قبل بياضها وفيها سواد أثنتا عشرة سنة وذكر أنه شاور الفقهاء، فاختلفوا في نقضها لطول مدة الكراء، فقال بعضهم: يفسخ، وقال بعضهم يمضي، وأين هذا مما نحن فيه، ثم جلب مسائل البيوع والأنكحة وغيرهما من مسائل العتق الذي وقع إلى أجل. فمن أراد الوقوف عليها فلينظر في أحكامه.

قلت: والواقع عندنا اليوم بتونس مما جرتْ به العادة في أحباس قرطاجنة بقاء المدة أربعين سنة. ورأيت كذا في قاعدة دار خمسين سنة من الحبس. وهذا نحو ما تقدم لأبي شاكر ومنصور بن أبي عامر ولعلهم لم يجدوا من يتقبلها إلاّ على هذه الهيئة فاغتفروا ذلك للضرورة، كالتزام الجزاء على أرض الجزاء أبداً لضرورة حاجة بيت مال المسلمين وإن كان عن ثمن الأرض لكونه تابعاً لأصل جائز للضرورة والله أعلم، وقد تقدم من هذا.

وسئل ابن رشد عن من حبس عليهم جنة فأكروها مدة معلومة لمن بنى فيها داراً ولبعضهم ربعها ولسائرهم ثلاثة أرباعها، فلما انقضت المدة طلب

صاحب الربع الزيادة في الكراء وأبى أصحاب الأنقاض في نصيبه، وأن يكون قدر كراء الثلاثة الأرباع، وأبى أصحاب الثلاثة الأرباع الزيادة، لما يتوقع من الغرر والفساد. فقال صاحب الربع من أبى من الزيادة قومت أنقاضه عليّ وأعطيت أصحاب الثلاثة الأرباع زيادة صاحب الربع. هل لهم فيه حظ أم لا؟ إذ ليس ذلك ملك لهم وإنما لهم الغلة والمنفعة وهي مشتركة بين الجميع، وهل لهم إذا اجتمعوا كلهم على طلب الزيادة وأباها صاحب الأنقاض أن يعطوا قيمة نَقْضه أم لا؟ لكونهم لا يحصون النقض بالخمس إنما يردون ملكه خلاف القاعدة، وهل إذا أراد صاحب الربع تقويم نصيبه من النقض خاصة فيأخذ ذلك بالقيمة أم لا؟ وهل لهم قيمة الخراج فيأخذ كل واحد في خراجه دوراً معلومة يستغلها بقدره ومثل قسمة أرض الحبس للحرث والمنفعة المدة الجائزة أم لا؟ وهل تدخل هذه القسمة الغرر [26 ـ ب] والدين بالدين أم لا؟

جوابها: إن لم يتّفق صاحب الربع مع أصحاب النقض في كراء حصته بشيء معلوم فله أخذ جميع النقض بقيمته معلوماً لنفسه دون إلحاقه بالحبس، ولصاحب الثلاثة الأرباع أن يدخل معه بقدر حصته في الأنقاض ملكاً، فإن سلم له ذلك فليس عليه أن يرضى بأخذ الكراء الأول. فإن اتفقا على ما يجوز وإلاّ أكريتْ الدار قائمة على ما هي عليه وفضّ الكراء بينهما على قدر ثلاثة أرباع القاعة وقيمة الربع للآخر مع جميع الأنقاض. وإن أكرى أحدهما حصته وحده فله ما أكراها به ولا يدخل عليه صاحبه. وإن اجتمعا على الكراء صفقة واحدة فلا يجوز أن يخرج أحدهم في حصته لبعض المكترين دون بعض. والثاني أن يقتسما ما على كل مكتر بانفراده أو يتقاضوا الجميع ويقتسمونه على قدر أنصبائهم قسمة الديون على الغرماء.

ابن الحاج: في من يقبل أرضاً محبسة على رجل وابنه لأربعة أعوام، فمات الأب وبقي من المدة عام ونصف وتوفي في شهر مارس تنتقض القبالة في حصة الأب في بقية المدة وترجع إلى الابن وثبتت في نصيب الابن والزرع للمتقبل لأنها قبالة لا مزارعة، وعليه كراء المثل في الحصة المتصيرة للابن من الأب في ما بقي من الشهور إلى تمام الزرع، ويجب رجوعه في تركة الأب

بقدرها إن قبض الكراء على الطوع. ولو شرط في هذه النقد لم يجز لأنه من باب البيع والسلف ينقضي الكراء بموت أحدهما.

وسئل شيخنا الإمام عن حائط محبس على رجلين أرادا القسامة للاغتلال هل يجوز أم لا؟

فأجاب: لا يجوز قسم الحبس للاغتلال ولا غيره.

قلت: تقدم في كتاب القسمة قسمة...[1] وما أجازه مالك في قسمة الغنم للبن إذا كان على وجه المكارمة يجوز، بحيث لو اختص أحدهما رجع على صاحبه فلا يبعد أن يجري هنا أيضاً، وهذا في الوقت الذي فيها لبن، وأما إذا كان وقت بُعْده [27 ـ أ] فلا يجوز مطلقاً.

وفي أحكام ابن سهل إذا أكرى أحد المحبس عليهم دون الآخر ولم يعط لصاحبه نصيباً، فقال المكري: ما اكتريت إلاّ هذه السنة وعام أول.

فأجاب: الواجب أن يغرم لهما نصيبهما من كراء السنتين بعد أن يحلف بالله إنه ما قبض منها شيئاً ويطلب ممن أقام البينة على السنتين الماضيتين فإن جاء بالبينة غرم حصتها من كرائها، وإن لم يثبت ذلك حلف المكري بالله ما أكرى ولا أحدث لها كراء غير هاتين السنتين اللتين أقررت بهما ثم لا يكريها أحدهما إلاّ برضاء صاحبه.

وفيه أيضاً: إذا ادّعى ساكن الحبس والكراء منجم أنه دفعه للمكري، فعن ابن لبابة: القول قوله في ما مضى من النجوم وما كان منها بقرب إقراره فعليه[2] البينة على أدائهن، وإن لم يثبت الاكتراء لزمه غرم جميع القبالة إلاّ أن تكون قبالة مثلها أكثر، فيؤخذ بالأكثر، قاله ابن وليد.

وفيه أيضاً: في قسمة الحبس، الواجب أن يأمر المشتركين في الحبس أن يقتسموه بينهم قسمة اعتبار واغتلال إلى أن يحدث من الولادة أو الموات ما يغير

---

(1) بياض بمقدار كلمتين في جميع الأصول.
(2) جملة سقطت من أ.

ذلك بزيادة أو نقصان على ما تجري عليه أحباس المسلمين. ويؤمر عبدالله بن محمد بالخروج عما تحت يده والبراءة منه إلى أولاد المحبس عليهم فيقتسمونه على مثل هذه القسمة أو إلى غيرهم ممن يحوزه لأولادهم من بعدهم، فإن أبى شدّدتَ عليه بالحبس وألزم ذلك أحبَّ أو كرهَ لأن ذلك ينتقل إلى غير بنيه من بني بنيه ثم إلى فقراء المسلمين بعد انقراض سبيله، وإذا امتنع أحد ممن له في الحبس نصيب من القسم ألزم ذلك على ما أحبَّ أو كره. قاله عبيد الله بن يحيـى وغيره.

وقال لنا الشيخ أبو عبدالله بن عتاب: في قسمة الحبس اختلاف موجز في مسائل الأكرية وغيرها منها.

قال ابن القاسم عن مالك: من حبس أو تصدق على أولاده الصغار والكبار فلم يجز الكبار حتى مات أو فلس بطل ولا يجوز منها شيء. ابن القاسم: وكذا الهبة، وروى علي أن الصدقة يجوز منها حظ الصغار لأنها تقسم ويبطل [27 ـ ب] الحبس كله لأنه لا يقسم. وقال في مسألة ولد الأعيان: يقسم الحبس على عدد الولد وولد الولد. ثم قال: فإن انقرض واحد من ولد الأعيان قسم نصيبه على من بقي من ولد الأعيان، وعلى ولد الولد وفي المسألة مولود. ولابن أبي زيد فيها كتب. وفي المقرب فيها بيان. وذكرتها لأجل القسمة في الحبس وهو خلاف ما قال أكثر أصحاب مالك.

وفي المنتخب: اختلف ابن أيمن وابن الأعبس في قسمة الحبس، فقال الأول: يقسم وتكتب به وثيقة، وقال الآخر: لا يقسم ويفسخ إن وقع، واحتج برواية علي المذكورة. واختلافهما خطأ لأن معنى قسمة الحبس في المرض قسمة انتفاع لا قسمة يمنع منها من أبى والممنوع منها قسمة البتات.

وسئل ابن رشد عن من بيده أملاك شتى بقرية معينة محبسة عليه وعلى عقبه ثم على مسجد بعد انقراض العقب، فباعها من رجل غير عالم بالتحبيس فأضافها المشتري إلى أملاكه المتصلة بها وخلطها واغتلها مدة حياته، ثم توفي واقتسم الورثة تلك الأملاك كلها مع ما انضاف لها من ملك أبيهم وانفرد كل واحد من الورثة بملك واعتمره، وبنى وهدم وعوّض وفوت كثيراً من وجوه

التفويت، ثم انتقلت بعده مع غيرها لغيرهم وفعل كثيراً من وجوه التفويت من مقاسمة موارثة وغيرها، ولا علم لأحد منهم بالتحبيس المذكور. ثم قام بعد نحو من سبعين عاماً ابن البائع الأول وأظهر عقد الحبس المذكور، ثم قام بعد نحو من سبعين عاماً ابن وذكر مواضعها وحدودها وذرعها وعقداً آخر تضمن أن المشتري للأملاك استطال على البائع بجاهه ومكنته من السلطان فلم يجد بُدّاً من بيعها منه، والمشتري معلوم بالاعتدال وحسن الهدْي وقويم الطريقة بحيث لا ينسب إليه ما ذكر وثبت الرسمان ولم يبق من يميز تلك الأملاك ويحوزها ويعين موضعها ويفرق [28 ـ أ] بينها وبين غيرها من أملاك المشتري فتملك القرية القائم الآن ووالده البائع على مسيرة يومين من هذه القرية وهي بالحاضرة التي هذه القرية من عملها، وهما عالمان بجميع ما ذكر من التفويت لا ينكران شيئاً من ذلك لا يمنعهما مانع من القيام، فهل سكوتهما طول هذه المدة مع علمهما بما ذكر تفويت للقيام أو لا؟ وكذا عدم معرفة حيازة هذه الأملاك، وكيف لو ثبتت الحيازة والحبس هل يرجع بالغلة على من هي بيده أم لا؟

فأجاب بأنه لا يقضى بالحبس إلاّ بعد إثبات التحبيس وملك المحبس له يوم التحبيس وتعيين الأملاك المحبسة بالحيازة لها على ما ينبغي، فإذا ثبت هذا كله وأعذر للمقوم عليهم فلم يكن لهم حجة إلاّ ما ذكر والكراء على الورثة مع عدم علمهم بالتحبيس على ما اختاره الشيوخ وتقلدوه من الاختلاف فيه.

وسئل عمّن بيده حقل يملكه وأبوه قبله وقيم عليه بعقد تحبيس ببينة عدلة موافقة لرسومه وحدوده وتذريعه وجهته لهذا الحقل. ولم يكن بهذه الجهة موافق له في جميع ما ذكر إلاّ هذا المذكور هل يقضى بعقد التحبيس أم لا؟

فأجاب: إذا ثبت التحبيس بموجب الثبوت ووافق ما تضمنه الحقل المقوم فيه من التسمية والحدود والزرع وليس في الجهة غيره بهذا الاسم ومحقق بتلك الحدود فالواجب الإعذار إلى المقوم عليه فيه في ما ثبت عليه، فإن لم يكن له مدفع حكم بتحبيسه على ما تضمنه العقد وذلك بعد إثبات ملك المحبس لما حبسه يوم التحبيس.

وسئل عمّن أوصى في مرضه المتصل بوفاته بتحبيس فندقيْن له على ثغر من ثغور المسلمين معيّنٍ تجري غلتهما على الثغر المذكور ما دامت الدنيا وبوصايا أُخَر ولا يورث بولد ولا والد. وقامت أخت له في قاعة إحدى الفندقين وزعمت أن أباها اشتراها وهي موظفة من أمير المسلمين يوسف بن تاشقين لأنها كانت ربع بني عباد، وأن أمير المسلمين وظف عليها هذه [28 ـ ب] الوظيفة وتوفي أبوها عنها وورثها المحبس المذكور مع أمه وإخوته التي القائمة إحداهم، وإن المحبس اشترى نصيب أخيها وأمها وبقي حظها منها، فعمل المحبس المذكور وأضاف هذه القاعة إلى أخرى متصلة فأكراها من السلطان مدة معلومة وبنى فيها الفندقين المذكورين بناء محكماً بسوار. فقامت هذه الأخت تطلب نصيبها من القاعة والشفعة في ما ابتاعه أخوها، وقام النائب عن السلطان يطلب حقه في القاعة المكتراة وبزيادة زادها المحبس في القاعة المشتراة من ربع السلطان، فقيستْ القاعة المذكورة فوُجدتْ ثمانين ذراعاً، وكانت المشتراة سبعين ذراعاً. افْتِنا ما يجب للقائمة وما يجب للسلطان من الزيادة، وما الحكم في القاعة المكتراة وفي بنائها؟

فأجاب: إذا ثبت ما ذكرت على الوصف المذكور فيجب فسخ البيع من الأم والأخ لأنه في أرض الوظيف المذكور، ويكرى الفندقان جملة فما يحصل في كرائهما فيفضّ على قيمة البنيان كله قائماً و على القاعتين، فما ناب المحبس مما يقابل البناء كله ونصيبه من السبعين ذراعاً المبيعة الموروثة مضى للحبس على حسب ما ذكر إن حمله الثلث، وما ناب القاعة المبيعة الموروثة فهو لبقية الورثة، فهو على قدر مواريثهم، وما ناب الزيادة على القاعة المبيعة مع القاعة المكتراة فهو للناظر للمسلمين، وليس للناظر في البناء المقابل للزيادة والقاعدة المكتراة شيء إذ قد فات الحبس وتعلق بعضه ببعض.

وسئل عمّن بيده أملاك يتصرف فيها هو ومن سلف له واستظهر بعقد سماع بالرهن، فأثبت من بيده الضيعة بعقد سماع أن جده ابتاعها من يد القائم.

فأفتى بأن شهادة الشراء أعمل. ثم أثبت القائم أن الضيعة حبس عليه

بالشهادة على خطوط شهداء رسمه، ونصّ أنّ فلاناً حبّس على ولده فلان وعلى كل ولد يولد له وأعقابهم وأعقاب أعقابهم جميع الضيعة بقريته المشهورة بالنسبة إليه وجميع أملاكه [29 ـ أ] بقرية كذا المشهورة بالنسبة إليه أغْنَى اشتهارها عن تحديدها وجميع الفندق مكان كذا المشهور بمحبسه، ثم كمل الإشهاد فيه وعاين تخلّي المحبس عن جميع ما وصف من الأملاك وقبض المحبس عليه ما ذكر تاريخه، فهل يكون قيامه بالرهن أو لا مبطلاً لهذا الحبس أو لا؟ وكيف لو عجز عن إثبات ملك المحبس للحبس بالشهادة القاطعة هل يثبت بالسماع أم لا؟ وهل يثبت أيضاً بشهادة السماع أنه من عقب المحبس أم لا؟

فأجاب: إن وجه الحكم كان أن لا يطلب من بيده الضيعة إثبات من أين صارت إليه ولا يسأل عن شيء حتى يثبت القائم ملك الراهن لها ورهنه منه وموته، وأنه وارثه أو وارث وارثه لا غير في علم شهوده، ببينة تحوّزها وتعيّنها. ومثله الحكم في القيام بالحبس على مذهب مالك ومن تبعه من المتقدمين والمتأخرين، ولا خلاف في هذا الأصل بينهم. غير أن اعتراف المقوم عليه أن الضيعة اشترها جده من جد القائم ثم اعتراف منه بملكها لجده، فإن كان هو المحبس وأثبتَ الحفيد عقد التحبيس كما ذكر وأنه من عقب المحبس لا عقب له غيره بالسماع إن عجز عن إثباته بالبينة القاطعة وأعذر للمقوم عليه فلم يجد مدفعاً، فيسأل المقوم عليه عن الضيعة التي أقرّ أن جده اشتراها أنها هي هذه بعينها فلا يكلف القائم تعيينه بالحيازة لاتفاقهما عليها، ثم ينظر إلى تاريخ سماع التحبيس والشراء فإن ثبت قدم تارخي التحبيس عمل عليه وبطل الشراء ووجب الرجوع بالثمن، وإن ثبت قدم تاريخ سماع الشراء أو جهل التاريخ عمل على تاريخ الشراء وبطل عقد التحبيس، وكذا جاءت الرواية. وإن لم يعترف المقوم عليه بأنها الضيعة المقوم فيها فلا يحكم للقائم فيها ولا ينظر له لاحتمال قوله إنه حبس ضيعة كانت مشتهرة به وقت التحبيس ثم اكتسب هذه الضيعة المقوم فيها وباعها من جد المقوم عليه على ما شهدت به بينة السماع وغيرها من الاحتمال. ولا يحكم إلاّ بما يتبين حكمه ولا إشكال فيه وهو معدوم [29 ـ ب] هنا لا من جهة إقرار المقوم عليه، إذ قد باد شهود التحبيس الذين يصح بهم

تحويز ما أشهدهم المحبس عليه ولم يقع في عقد التحبيس تحديد الضيعة المقوم فيها فتحاز على الصفة التي ذكرها العلماء في الحيازة على الحدود إذا مات شهود الأصل.

وأجاب أصبغ بن محمد: إذا لم يثبت القائم ملك المحبس لما حبس فقيامه باطل وتبطل شهادة السماع في هذا إذ لا يستخرج بها من يد حائز. فقيل: هذا جواب منه لم يتدبر لإقرار من بيده الضيعة بملك المحبس لها وثبوته بالسماع ولا يصح في جوابها إلاّ ما ذكره ابن رشد.

وأجاب عن مسألة ابن رشد هذه في سؤال آخر: إن أقر المقوم عليه أن هذه هي الضيعة التي ثبتت في عقد التحبيس قبل الشراء فلا يكلف القائم إثبات ملكها لاعتراف المقوم عليه بذلك ومضى الحبس بعد الإعذار إليه في ما أثبته القائم، وإن لم يقر بذلك وباد شهود أصل التحبيس ولم يبق من يحوز ذلك منهم إذ لم يكن في الشهادة على خطوطهم جلاء وصف التحديد في عقد التحبيس بقيت الأملاك بيد من هي بيده إلى أن يثبت القائم غير ذلك مما ينظر فيه.

وقد **سئلت** عن هذه المسألة قبل هذا وأجبت بنحو هذا وأبسط منه. وسأل ابن منصور قاضي إشبيلية عن هذه المسألة أهل الشورى بقرطبة وذكر فيها اسم القائم والمقوم عليه.

وأجاب ابن رشد بنحو الجواب الأول فبسط وزاد فيه بأن شهادة السماع إذا كان فيها أنهم لم يزالوا يسمعون على الإطلاق محمولة أنهم يسمعون ذلك على مرّ الأيام وسالف الأعوام منذ نشؤوا وعقلوا على ما يقتضيه الإطلاق، وذلك أكثر من المدة التي حدّها أهل العلم في شهادة السماع. بخلاف لو لم يكن في العقد «لم يزالوا» وقُيّدتْ لمدة غير محصورة، فإذا لم يثبت عندك إلاّ ما ذكرت بين المتخاصمين فاحكم ببقاء الضيعة [30 ـ أ] بيد من هي بيده وانْهَ القائم عن التعرض له بكل وجه إلاّ أن يأتي بغير ذلك مما ينظر فيه ولا يعجّز إذ لا يعجّز في الأحباس، ولا يلزم المقوم عليه إذا حكمت ببقائها بيده شيء من

ثمنها إذ قد مضى من المدة ما يصدق المبتاع بدفع الثمن فيها على قول مالك وجميع أصحابه. ولو وجب الحكم عليه بدفع الثمن لما صح للقائم قبضه لاعترافه بالتحبيس، إلاّ أن يرجع عن اعترافه بالتحبيس. وتصديق المقوم عليه في الابتياع المذكور على اختلاف أصحابنا المتقدمين في ذلك وسائر ما تضمنه عقد التحبيس الثابت عندك لا يجب به أن يُسأل المقوم عليه من أين صارت له، ولا يقعل عليه ولا يُكلف إثباتاً ولا عملاً إلاّ بعد إثبات القائم ملك المحبس لما حبسه، ويحوز ما ثبت تحبيسه حيازة صحيحة على الوجه المذكور. وهذا الأصل لا اختلاف فيه من أنه لا يكلف من بيده الملك شيئاً البتة حتى يثبت المدعي ما ادعاه ويحوزه.

وأجاب أبو محمد وأبو القاسم والد الشيخ أبي عبدالله بن عتاب بأن يسأل شهود البيع على السماع عن وقته، فإن كان قبل وقت التحبيس قضي به وبطل التحبيس وإن كان بعد تاريخ التحبيس أو لم يؤرخوا شيئاً قضي بالتحبيس عملا بالمؤرخ على غيره. واحتجوا عليه بما حكى ابن حبيب في الواضحة وتابعهما على إعمال الحيازة وإعمال الحبس بالإقرار من المقوم عليه بالملك حين أقر بالبيع.

ابن حمدين وأبو محمد عبد الصمد وعن أصبغ بن محمد: لا يصح التحبيس إلاّ بإثبات ملكه له وقت التحبيس، وليس في إقرار المقوم عليه بالبيع إلاّ إقرار بالملك يوم وقع البيع ولا منفعة فيه. وإن أرّخ شهود السماع مدة تجوز فيها شهادة السماع نحو الثلاثين سنة أو نحوها قضي لمن هي بالملك وبطل الحبس، وسجل بذلك. وإن حدوا نحو الخمسة عشر عاماً فأقل قضي له ببقائها [30 ـ ب] بيده على ما يقرّ به من التحبيس.

وأجاب مرة أخرى ابن رشد في مسألة الفندق وفي المسألة نفسها بأن قال: الحيازة من شرط تمام التحبيس لا يصح القضاء به دونها، ولا يجوز الحكم بمعين إلاّ بعد تعيينه بالحيازة ولا خلاف ولا شك في صحته. فإذا لم يبق من شهود التحبيس مَن يعين الفندق ويحوزه من جهاته الأربع فيقول: هذا الذي

أشهدنا به المحبس فليس فيه حوز وليس في عقد التحبيس على السماع ما يعين حدوده. ووصفه بالشهرة لمحبسه لا يثبتها لاحتمال أن يكون للمحبس فندق غيره فاشتهر به ذلك الوقت أو حوّلَ داراً أو غيرها أو يكون هو الفندق، ويكون زاد بعد التحبيس زيادة لم تكن فيه يوم التحبيس، والأصول تقتضي أن لا يخرج شيء بيد من هو بيده إلا بتبيين تقطع به البينة لا بالمحتمل المشكك فيه.

ونزلت بقرطبة أيام شيوخنا: قام رجل في دار محبسة معيّنة بموضع معروف بقرطبة فأثبت التحبيس وسأله الحاكم في إثبات الحيازة فعجز عنها ولم يحز له إلاّ باب الدار خاصة. فاتفق جميع فقهاء الوقت على عدم قضائه بالحبس لعجزه عن الحيازة. فهذا جواب المسألة إلاّ أن يُقرّ له المقوّم عليه أنه الفندق الذي قام عليه فيه بالتحبيس، وهذا لم يقرّ له في ما اطلعنا عليه بل أنكره وكذّبه شهوده على ما أظهرته من العقدين اللذيْن أطلعتنا عليهما، فإذا لم تثبت الحيازة ولا وقع الإقرار بها فلا منفعة للقائم في إثبات ملك جده له ولا في إقرار المقوم عليه بابتياع سلفه منه أوجب ذلك اليد أو الملك. وإن كان العقد المذكور لم يتضمن تسمية المبتاع من سلفه بعينه فلا يبطله ولا يوهنه، وسواء كان الابتياع قبل تاريخ التحبيس أو بعده ببطلان الحبس بالوجه المتقدم فاستخر الله ونفِّذْ القضاء بإطلاق يد المقوم عليه في الفندق وقطع التعرض [31 ـ أ] له وتكرره بالخصام إلاّ أن يأتي بغير ما أتى به أولاً فينظر له بالواجب إذ لا تعجيز في الأحباس، وذلك بعد تحويز الفندق شهود السماع بالابتياع المذكور فهذا موجب الاجتهاد والنظر. وجواب ابن عتاب يقوم بعضه ورأى هنا أن إقرار المقوّم عليه بابتياع جدّه من جد القائم يوجب له الملك فيقضى بالحبس له إلاّ أن يكون تاريخ شهادة السماع بالابتياع قبل تاريخ الحبس، وتابعهما أبو محمد عبد الصمد وخالفهما أصبغ بن محمد، والصحيح فتوى ابن رشد.

قلت: قوله: فإن ثبت قدم تاريخ التحبيس، إلى قوله: وكذلك جاءت الرواية هو قوله في البيان.

منها: إذا ادعى رجل أنه ابتاع الهبة من الواهب وأقام فالمبتاع أحق.

وكذلك قول مالك في الذي حبس على ولده ومات عليه دين، فقال فيه: إن أقام بينة أن الحبس كان قبل الدين فالحبس لهم وإلا بيع للغرماء.

ابن رشد: ويتخرج فيها قول إن الحبس أولى من البيع إذا كان مؤرخاً ولم يكن البيع مؤرخاً، وهذا إذا لم يقبض. وإن تحقق أن الدين قبل ردت الصدقة والحبس باتفاق، انظرها في سماع عيسى من الهبات وما اتصل بها. وجرى في كلام ابن رشد أيضاً أن الأرض الموظفة يفسخ البيع فيها وظاهره والحبس.

ومنه مسألة حبس أرض الظهير، فسئل عنها شيخنا الإمام وهو أنّه سئل عن رجل من الصلحاء ساكن في بعض بلاد الساحل وبنى به زاوية واشتهرت بخير في البلد المذكور وأخرج ظهيراً فيه باسمه واسم ابن أخيه، ثم انتقل إلى القيروان وبنى بها زاوية وخلّف في الأولى ولده فقام مقامه فيه وأخرج ظهيراً على نحو ما كان لأبيه قبله. ولم يزل ذلك مدة طويلة حتى توفي فقام الآن بعض حفدة الشيخ الأول المذكور غير ولد الأخ الذي كان البلد المذكور بيده وبيد عقِبه كما ذكر، واستظهر برسم يتضمن أن الشيخ الأول الصالح المذكور حبس هذا البلد المذكور وأوقفه إيقافاً مؤبداً على ابني أخيه بالسواء بينهما وعلى عقبهما [31 ـ ب] وعقب عقبهما وأنهما قبلا ذلك منه والتزما أن لا يعملا في البلد المذكور ظهيرا يخرجه أحدهما دون صاحبه. وتاريخ الرسم المذكور نحو ستين سنة، فهل هذا الرسم في التحبيس عامل أم لا؟ وهل تقبل دعوى هذا القائم مع حيازة عقب عمه مدة تقرب من الستين عاماً؟ والسلام.

فأجاب تحبيس أرباب الظهير في إفريقية غير تام لأن الظهير في إفريقية إنما هو إعطاء منفعة لا إعطاء رقبة، وإنما يمضي تحبيس هذا المحبس في ما له بالموضع المذكور من نقض ونحو ذلك، وأما ما هو لنظر السلطنة فلا، والله أعلم.

قلت: وكان يتقدم لنا في المجالس أخذها من قوله فيها في البيوع الفاسدة: لا يجوز بيع غيرانِ المعادن لأن من قطعت له إذا مات قطعت لغيره ولم تورث عنه. قال: لأنه لم يقطع لأهلها إلاّ المنافع خاصة.

ووقعت لشيخنا المذكور أن أرضاً اشتراها من المخزن بقرية صانع من حوز تونس، قال: وكان ابن عبد السلام يصرح بعدم ملكها. وكذا أخبرني الشيخ الصالح أبو الربيع سليمان المزوغي عن الشيخ ابن عبد السلام أنه أمره أن يدخل في الظهير مع أعمامه ولا يملكون ذلك لكونهم أقرب إلى من خرج له الظهير، وهي ليس يقطعها السلطان.

ابن سهل: في من حبّس فدانا على مسجد رفع إلى حاكم أنه من أرض الجزية فالواجب بقاء الحبس على ما هو عليه حتى يثبت أنه من مال الجزية، فإذا ثبت نظر فيه بالواجب. قاله جماعة من أهل الفتوى.

قلت: وظاهر كلام ابن رشد أنه يمضي، وهو ظاهر هذه المسألة، وانظر أرض الجزاء بتونس هل هي مثلها أم لا؟ والصحيح عند شيوخنا أنها تملك وتعطى في المهور، وحُبِّس كثير منها وجرى العمل على إمضائه. ونقلتُ من كلام شيخنا الإمام عن ابن عبد السلام: أن دور الربض بتونس إذا خربت لا حقّ فيها إلاّ لبيت المال حتى لو كانت حبساً، بخلاف [32 ـ أ] الرسوم الخارجة فإنها مملوكة لأربابها لأنها منزلة.

وسئل شيخنا أيضاً عما خرب من البلاد التي أعطاها السلطان للعرب بالظهير لأخذهم حكرها أو عشرها ثم يأذن من بيده الظهير للرغبة في البناء والسكنى وعمارة الأرض بالسواني والبعل. وربما يبقى الرجل من الرعية يعمر الأرض السنين المتطاولة حتى يملك أو يعجز عن العمل فيها فيأتي غيره يريد العمل فيها فيريد الأول منعه لحيازته لها قبله. فهل له منعه من ذلك أم لا؟ وكذا إذا خلا البلد بجور العرب أو الوباء أو المجاعة ثم جاء أناس أرادوا عمارتها بعد ذهاب أهلها بما ذكر ولم يبق في البلد إلاّ آثار رسوم من غير خشب ولا غيرها مما يكون له قيمة إذا قلع، فهل للذين كانوا غُيّبا مقال في منع الذين أرادوا الآن عمارتها ويكونون أحق منهم بمواضع دورهم وسوانيهم أم لا حق لهم؟ لعجزهم عن ذلك لو انفردوا ولا قدرة لهم على عمارتها إلاّ بهؤلاء الذين قاموا الآن بذلك ولحجة مالك الأرض في عمارة بلده بهؤلاء وعجز الأولين عن ذلك، والسلام.

فأجاب: ليس للأول بمجرد حوزه منع غيره إذا أذن له من بيده الظهير.
وأما قوله: فهل للذين كانوا غيبا إلى آخره، فجوابه: إنه كان بلغني عمن أثق به عن شيخنا أبي عبدالله بن أبي عبد السلام أنه كان يقول في مثل ما ذكر من أرض ساحل إفريقية، لا حق لهم في ذلك بحال، ويعلل ذلك بأن الأرض لم يتقرر لحائزها عليها ملك ولا سببه. والذي يظهر لي أن ينظر في ذلك.

وسئل عن حال متقدمي حائزيها هل كانت لهم أحكام وعقود بالأشرية من بعضهم بعضاً أم لا؟ فإن ثبت تقدم أشريتهم وبياعاتهم فيها فهي أملاك لهم فلهم منع غيرهم منها مطلقاً. وإن لم يثبت ذلك فلا حق لهم في منعها، والله أعلم.

قلت: من يوثق به هو المزوغي المذكور كما نقلت عنه، وكنا نجري على هذا عنده [32 ـ ب] إذا حبس أحد من أهل هذه القرى أرضاً أو داراً على مسجد أو إمام فإنه ينظرها ومن ملك أولى بما تقدم، فإن لم يثبت شيء من ذلك فظاهره أنها محمولة على عدم الملك إلا أن تكون العادة القائمة أنهم يعطونها في الصدقات ويملكونها بالرسوم، فيثبت أنها من ربع الأملاك.

ابن سهل: في امرأة ذكرت في دار أن فلاناً حبسها عليها وعلى رجل آخر فقال الرجل الدار باعتها من فلانة. فعن ابن لبابة يخلى منهما إلا أن يثبت أحد منهما ما يدعيه.

وسئل البرقي عمن باع أرضاً حبساً ببئرها في زمن المسغبة تعدياً للضرورة اللاحقة للبائع ثم أقر بالتعدي، فهل يفسخ البيع أم لا؟ وهل يرجع المشتري على البائع بالثمن أم لا؟

جوابها إذا ثبت كونها حبساً ببئرها وجب نقض البيع وردها حبساً وإن طالت السنون، ويرجع المشتري على البائع بثمنها.

وسئل ابن أبي زيد عمن حبس كتباً لله ثم باعها، وحبسها الثاني هل يكون فوتاً لها أو ترد إلى تحبيس الأول.

فأجاب: إن قدر على نقض البيع ورده قبل موت البائع فعل وتبقى حبساً، وإن لم يقدر حتى مات مضى البيع لفوات الحيازة ويصير حبساً بتحبيس المشتري.

قلت: ورأيت عن بعض المفتين في الذي يصنع الفخار من تراب القبور لا يحل له ذلك ولا يستعمل ذلك الفخار، وإن باع شيئاً من ذلك وفات فيجب فسخه ويرد الثمن إن علم المشتري وإلا تصدق به.

قلت: كمسألة بيع الزيت النجس على ما في سماع عيسى.

ووقعت مسألة بباجة: أخذ رجل من تراب أرض حبس وجعل منه طابية، فأفتى بعض أصحابنا بأن ذلك قد فات وتلزم قيمته. وكان يتقدم لي فيها: إن فات التراب فيها بفساد وصار كالحجر فيضمن قيمته ويصرف في الحبس فيعمر ذلك الموضع بتراب مثله، مثل المعاوضة في الحبس كما يفعل بالغرس بكلبٍ ونحوه. وإن لم يفت بذلك نقض ورد إلى محله. واستدللتُ بما وقع في الغصب: مَن [33 ـ أ] غصب تراباً فجعله بلاطاً وهو الطوب فجعل عليه مثله أو قيمته، فجعله من باب ما فاتت عينه.

ووقعت أخرى هي: أن رجلاً أخذ تراباً من الطريق وزعم أن شيخنا الإمام أذن له في ذلك ليضرب به الطابية ويرد تراباً آخر، والصواب أنه من معنى ما تقدم.

ومسألة أخرى: وهو أن فدانا حبس على بعض أهل مدرسة القنطرة فاستهلوا بيع ترابه وأنقاضه ورمله وطفله ولعلها لما كانت أرض جزاء استهلوا ذلك فيها لما قدمناه، هل تملك أرض الجزاء أم لا؟ إذ قد تجري على بيع أنقاض الحبس. ويأتي التنبيه عليها.

وفي أحكام ابن سهل: في امرأة باعت حانوتيْن محبسيْن وثبت ذلك، فادّعت أنها باعت مكرهة وحمل عليها السياط حتى باعت. يجب رد الحبس ويجب ردها للثمن وتحمل على إثبات ما ادعت من الإكراه، فإن ثبت وجب الكراء في مال المشتري المكره ولزمها رد الثمن إلاّ أن يثبت أنها ردت

الثمن. . .[1] إلى الإشهاد بالقبض ولم يقبض في علمهم قاله جماعة من المفتين وغيرهم.

وفي آخر حبس الواضحة: سألت مطرفا عن منزل حبّس على المساكين فرفع إلى قاض فجهل فباعه وفرق ثمنه على الفقراء. ثم رفع إلى غيره بعده فقال بفسخه وبرد المنزل حبساً كما كان وبدفع الثمن من غلة الحبس ولا شيء على القاضي، لأن الخطأ في الأموال يعذر به إذا اجتهد.

قال: وسألته عمّن حبّس مسجداً في قرية فصلى فيه سنين ثم باعه ممن نقضه وبناه بيتاً أو داراً أو تصدق به على أحد.

فقال: يُفسخ ما فعل ويرد إلى ما كان عليه مسجداً وهو كالحبس لا يجوز بيعه ولا تحويله عن حاله، وللباني نقض بنيانه وإن شاء أحتسبَ في تركه وإن أراد نقضه فأعطاه محتسبٌ قيمته مقلوعاً ليعيده للمسجد أجبر الباني على ذلك إلاّ ما لا حاجة للمسجد به ولا بد من نقضه فيترك ذلك.

قلت: على [33 ـ ب] ناقض المسجد أن يعيده كما كان. قال: عليه قيمته قائماً لأنه متعدّ في نقضه ثم يبنى بتلك القيمة. وعن أصبغ مثله.

وعنه: من حبّس على بنيه صغاراً وكباراً وعلى قوم بأعيانهم ثم هو سئل بعدهم، فعدا عليه فباعه مقايضة أو بعد طول زمان، فالبيع منقوض بكل حال ولا ينظر إلى تولي هؤلاء لقبضه، لرجوعه من بعدهم إلى المساكين، وإن أعدم بالثمن أتبع به بخلاف الصدقة يبيعها بعد علم المتصدق عليه وإمكان قبضها فينفذ بيعه والثمن للمتصدق عليه. وهذا أحب ما فيه إليّ، ولولا الطول لذكرت ما في المدونة وغيرها.

وفي وثائق ابن العطار: إذا فسخ بيع الحبس فالغلة في ما سلف قبل ثبوت تحبيسه للمبتاع لا يرجع عليه بشيء منها إذا جهل الحبس ويحلف أنه لم يعلم به. وما كان في رؤوس الشجر من الثمر وقت الاستحقاق فهو للمحبس عليهم،

(1) بياض بمقدار كلمتين في جميع الأصول.

والزرع لزارعه إن ثبت التحبيس حين نباته، فإن كان في الإبان فعليه كراء الأرض، وإن باع الحبس المحبس عليه رجع عليه بالثمن. فإن ثبت عدمه وحلف أخذه من غلة الحبس عاماً فعاماً. فإن مات البائع قبل استيفاء المشتري ورجع الحبس لمرجعه فلا شيء للبائع.

ولو كان بائع الحبس كبيراً بالغاً عالماً بالتحبيس عوقب بالأدب والسجن إن لم يكن له عذر، وينبغي إن كان مالكاً لنفسه مع ذلك عالماً بالحبس أن لا يرجع على المبتاع بشيء من الغلة.

ونزلت بقرطبة القرشية وأفتيتُ فيها بذلك، وخالفني غيري وخلافه خطأ.

وفي مسائل ابن زرب: في من ورث مالاً فاستحق من يده بالحبس فسئل القاضي هل على الوارث غرم الغلة؟

فقال: أما على قول ابن القاسم فلا خراج عليه. ونزلت بقرطبة فقضي فيها بذلك، وأما على قول سحنون فعليه الخراج.

ابن سهل: ما أشار إليه هو الواقع في استحقاقها في من اشترى جارية بكراً أو ثيباً فوطئها ثم استحقها [34 ـ أ] بحرية فلا شيء عليه في وطئها، وكذا لو استحقها بملك. وعن سحنون ينبغي أن يكون عليه ما نقصها لأنها منفعة وصلت إليه.

وفي سماع عيسى: من اشترى عبداً فخارجه ثم استحق حرّاً فلا يرجع المبتاع بغلة. وعن المغيرة: له الرجوع بما أعتق منه وهو نحو قول سحنون ولابن القاسم ما يعارض هذا الأصل، ولها نظائر.

قلت: لعل أصل ابن القاسم المعارض هو ما في العتق منها: إذا جرح العبد أو قذفه أجنبي ثم استحق بحرية.

قال: حكمه حكم الحر. وحكى في السيد فيه اختلاف. وقال: إذا استحق بحرية فلا يجب عليه الخروج مع المستحق من يده على الأشهر. ابن سهل: فهذه المسائل نحو مسألة بيع الحبس.

واجتمع مالك وأصحابه على المنع من بيع الأصول المحبسة العامرة وهو المشهور من قولهم فيها إن خربت، واحتجوا ببقاء أحباس المدينة خراباً. وكذا لمالك في الموازية في المعاوضة بها. وفي الحاوي لأبي الفرج: إن قول مالك اختلف في بيع الوقف إذا خرب وفي الحيوان يضعف والثياب تخلق قولان في المدونة، ثم ذكر قول ربيعة.

ولابن وهب في موطئه عنه أنه أرخص في بيع ربع دثر وتعطل ويعاوض به في ربع ونحوه يكون حبساً. وفي النوادر عن مالك: من باع حبساً فسخ بيعه إلاّ أن يغلب سلطان، وأدخله في موضع ودفع إليهم ثمناً فيشترون به داراً مكانه من غير أن يقضى به عليهم. وكذا إن باعها فأدخلت في مسجد. وعن ابن الماجشون: يُقضَى عليه بشراء مثلها، ولو استحق الحبس فأخذ فيه ثمناً فليصنع المحبس به ما شاء. ولابن القاسم عن مالك: لا يقضى عليهم إلاّ أن يتطوعوا، انظر ذلك في جامع البيوع من سماع أشهب وغيره.

وفي الواضحة لابن الماجشون: لا يجوز بيع شيء محبس من عبد لعتق أو غيره وإن فسد، إلاّ أن يشترط ذلك المحبس.

وكتب ابن القاسم لابن زرب في رجل من ([34 ـ ب] أهل الثغر على فرس مرشوم في فخذه «حبس لله» رفع إليه، فلما كشف عن ذلك قال: اشتريته ببلاد البربر، فلما جئت سجلماسة خِفتُ أن أغرم عليه أو ينزع مني فرشمتُ هذا رجاء أن يطلق إليّ.

فأجاب: إن لم يعرف ملكه للفرس قبل هذه السمة وإلاّ أقام بينة بما ادعاه فخلّ بينه وبينه وأمْضِهِ في سبيل الله على ما ظهر من رشد ولا يصدق.

ابن الحاج: في فرس محبس في فخذه «حبس لله» أخذه العدو ثم غنمه المسلمون وقُوّم بدنانير. فأفتى ابن رشد بأنه يأخذه بقيمته بمنزلة ما لو لم يكن حبساً، ويحتمل أن يأخذه بغير ثمن لنص الرواية أنه لا يقسم، فصار كعبد أعتق ثم سبي وأخذه المسلمون فلا شيء فيه كالحر.

ابن عات: في من وجد رجلاً يبيع فرساً حبساً فقال: إنما وسمْتُه مخافة العمال لأستدفعهم، دليله مسألة إذا مرّ على عاشرٍ فقال: هو حر، يقبل قوله، وانظر ما نقله عن ابن سهل خلاف هذا إلاّ أن يكون معناه لم تثبت فيه عادة.

وسئل ابن رشد عمّن أوصى بشراء دار وتُحبس على مسجد، فقام الوصي واشترى داراً وزاد من عنده ووقفت على المسجد. ثم ظهر فيها عيوب مغيّبة لجل منافعها. هل يفيتُها الحبس كما يُفيتُ العتق العبد الموصى بشرائه أم لا؟

فأجاب: إن الواجب فيها رد ا لدار ولا يفيتها الحبس لأن هذا إنما هو إذا فعله المرء في نفسه و هذا وكيل فلا يمضي له من العيوب إلاّ اليسير على ما نص عليه، في من وكل على شراء سلعة فاشتراها معيبة، وليست كمسألة العتق لحرمته ولتعلق الأحكام به من الموارثة والشهادة وغير ذلك من خواص الحرية.

قلت: مثلها في كتاب الهبات إذا قلد البدنة وأشهرها قبل أن يثبت منها ولم يجد ثواباً فإنها ترد. وكذا إذا أعتق العبد الموهوب ولم يكن عنده ما يثبت عليه يلزمه رده.

وسئل عن قطعة أرض محبسة على رجل وهي بباب دار ضيعة رجل لا تخلو غالباً من إيذاء من يدخل الدار أو الجيران ولا تخلو هذه [35 ـ أ] القطعة من ضرر المجاور لها ولا يستطاع دفعه إلاّ بتعويض قطعة من موضع آخر هي أعْوَد بالمنفعة وأقْطع للضرر من صاحب الضيعة.

فأجاب: إن انقطعت منفعة هذه القطعة جملة بما غلب عليها مما وصفت ولم يقدر على اعتمارها ولا كرائها وبقيت معطلة لا فائدة فيها لعدم القدرة على رفع الضرر عنها فلا بأس بمعاوضتها بموضع يكون حبساً مكانها، على ما قاله جماعة من العلماء في الربع إذا ضرب، ويكون بحكم القاضي بعد إثبات المبيع عنده للمعاوضة والغبطة للحبس في ما وقعت المعاوضة فيه ويسجل بذلك ويشهد عليه. أفتى شيخنا الإمام فيها بالبيع.

ابن عات عن الفضل بن سلمة في حبس المساكين يكون في البلد فتيبس

أشجاره ويقحط بحبس الماء عنه، يرى القاضي فيه رأيه في بيع أو شركة أو عمل أو كراء ما رآه فيها. وعن ابن اللباد: أرى أن يباع إذا كان بهذه الحال.

يحيى ابن خلف: وكذلك الموضع الصغير الذي لا يحرث وحده ولا ينتفع به فإنهم يرون بيعه ويدخل في غيره وهو الصواب إن شاء الله.

الموثق: جرى العمل عندنا ببيع ما لا نفع فيه منها، قال: وكذلك نرى له قسمها لما يدخل من الضرر من الإشاعة فيها. وروى علي بن زياد وغيره عن مالك أنه لا ينقسم، وكل ما لا ينقسم من الأصول والأرحاء وغير ذلك مما يكون فيه نصيب للمساكين وغيرهم وقل نفعه، بيع جميعه واشتري بما يقع فيه للحبس مثل ما بيع به، يكون صدقة محبسة مسبّلة كما سبّلها صاحبها وبه العمل، وهي في الواضحة منصوصة.

ابن عبد الغفور: لا يجوز بيع مواضع المساجد الخربة لأنها وقف ولا بأس ببيع نقضها إذا خيف عليه الفساد للضرورة إلى ذلك وتوقيفه لها أن ترجى عمارتها أمثل، وإن لم يرْجَ بيع وعين بثمنه في غيره أو صرف النقض إلى غيره. وعن ابن حنبل: إن فقد أهل المسجد ولم تُرْجَ له عمارة أنه [35 ـ ب] يباع أصله وينفق في أقرب المساجد إليه، وهو شبه ما قيل في الفرس الحبس. وذكر ابن مزين أنه يؤخذ نقضه وينتفع به في سائر المساجد ويترك ما يكون علماً له لئلا يدرس أمره. ونحوه حكى ابن حبيب عن رجاله، وابن القاسم لا يرى ذلك وإن خرب وعدم ولا يغير منه شيء.

قلت: ما نقله عن ابن حنبل نحوه حكى عنه ابن الحاج.

ووقعت مسائل عندنا بتونس منها انقاض المساجد التي بالعقبة وغيرها، أفتى شيخنا الإمام بنقل نقضها إلى حبس آخر ومنها فندق تهدم[1] فأفتى شيخنا الإمام المذكور أنه تباع أنقاضه ويغيّر عن حاله داراً ورجح هذا الفعل، وحكم بهذه الفتوى قاضي الجماعة.

---

(1) كلمة سقطت من أ و ج.

ومنها دار خربت من دور مدرسة القنطرة فأفتى شيخنا المذكور ببيعها فبيعت، واشترى بثمنها رسماً في الغابة بتونس. ومنها علوي معْتلٍ على المدرسة المذكورة حبسه محبسها على ذريته الذكور فتحيلت فيه حتى أخذ فيه أهل الحبس علوياً من حبس المدرسة ينتفعون به هو مثل الأول أو حيز منه لضرورة وقوع مفاسد في العلوي الأول مشهورة. وهذا أخف من جري الأحباس بعضها في بعض، وإنما هو تبديل منفعة بمنفعة والمحبس واحد.

ووقعت بالقيروان مسألة وهي: أن داراً لحبسٍ للفقراء وقعت ولم يوجد ما تصلح به وتبنى في زمن القاضي ابن باديس. فأفتى بأنها تكرى السنين الكثيرة كيف تيسر بشرط صلاحها من كرائها، وأبى أن يسمح ببيعها.

وظاهر فتاوى الأندلسيين يقتضي إباحة البيع ويستبدل بها ما هو أعود بالمنفعة.

ففي آخر الطرر عن الاستغناء: أخبرني بعض الشيوخ عن ابن وهب أن المقبرة تحرث من العشر سنين فصاعداً إذا ضاقت عن الدفن فيها. وقال غيره: لا يجوز لأحد أخذ حجارة المقابر العادية ولا أن تزال عنه لأنه حق لأهلها ولا تبني بها قنطرة ولا مسجد ولا يكشف عنها. وعلى هذا المعنى لا يجوز [36 ـ أ] حرثها لأن في ذلك تبديلها وتغييرها لأنها من الأحباس لا تغير. وقال بعد هذا: وما حرث مما عفى من المقابر أو مما لم يَعْفَ فالبكراء ويجعل ذلك في أكفان الفقراء والمساكين وحفر قبورهم.

وفيه سئل بعضهم: هل يجوز حفر البقيع إذا تم له أربعون عاماً دون أن يدفن فيها أحد أو يؤخذ منها تراب البنيان أو تبنى فيها المباني للسكنى؟

فقال: الحبس حر لا يجوز أن يتملك.

ووقعت مسألة وهي أن فدانا حبس على طلبة المدرسة التي بالقنطرة للحرث، فدفن الناس فيه موتاهم وكثر ذلك وكانوا يكرونه للحرث فاستغرقت القبور كثيراً منه فأنكر ذلك ورفع الأمر إلى شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ وله عليه نظر، فقال: يحمل على من دفن وليه فيه أن يؤدي كراءه ويطول في المدة. فقلت له: هذا لا يتأتى فيه

ويتعذر، إما لجهل الوارث وإما أنه ضعيف أو ممن يُتّقى شره. فقال: يخرج الموتى منه وتدفن في المقابر. فقلت له: هذا يتعذر من وجوه كثيرة. وكان آخر أمره أنه قال: إنه تُغيَّر آثار القبور وتسوّى ويحرث الأعلى ويبقى الميت في موضعه وهذا أخفها. ففعل ذلك في قليل منها، وقد كانت به أنقاض لأنه سوّى من عمارات وبه رمل وطفل وحجارة فكانوا يسامحون في بيع ذلك ويسمعون به ولا يغيرونه. وهذا عندي يجري على بيع أنقاض الحبس المتقدم ذكره مما أُبين من عمارته، مثل ما تقدم من أنقاض المساجد فيسوغ على ما ذكر في الطرر من الفتاوى لكن يجري في حبس آخر. وعادة هؤلاء أن يأخذه أهل الحبس لأن هذا أوجب منع منفعة حرثه لكثرة حفره وفيه نظر، لأن هذا ذات والمباح لهم المنافع.

ونحو هذا نزلت مسألة بباجة وهي أن رجلاً أخذ بعض تراب من فدان محبس وجعله طابية. فأفتى بعض أصحابنا أنه تلزم قيمة التراب ولا يرده بعينه لفواته، وأنكر ذلك بعض من هنالك وقال يجب هدمه ورده لموضعه لأنه بيع للحبس. وكان اختياري فيها أنه تغير حتى صار كالحجر من الركن [36 ـ ب] وخلط الجيار، فإنه قد فات ويقضى بقيمته إن كان جزافاً أو بمثله إن كان له مثل أو قيمته إن كان لا مثل له، وبما قيد به ابن رشد الرواية الواقعة في سماع يحيى من كتاب الشركة قال فيها: قلت له فرجل أتى أرض قوم فضرب فيها طوباً أو عمل قلالاً بغير إذنهم فأنكروا ذلك وقالوا نأخذ الطوب والقلال.

قال: لا أرى لهم عليه شيئاً وأراه لمن عمله إلاّ أن يكون عليهم منه في أرضهم ضرر أحدث فيها، فعليه أن يكنس ذلك لهم. وإن كان أفسد أرضهم فساداً بيّناً فعليه قيمة ما أفسد. قال ابن رشد: أما قوله لا أرى لهم عليه شيئاً معناه إذا لم يكن للتراب الذي عمل من القلال والطوب قيمة، وأما إن كانت له قيمة فعليه قيمته مع كنس الأرض وإصلاحها وتعديلها وردّها إلى ما كانت عليه أو غرم قيمة ما أفسد فيها إن لم يمكن إصلاحه.

والمِلاط: عن عياض بكسر الميم الطين ومعناه الطين الذي يغيّره عن حاله تغييراً كلياً لأنه قربه بما هو كذلك، وأعطى جواباً واحداً.

وعن بعض متأخري المغاربة في حُبُسٍ للمساكين نقل منه غرس فنبت في غيره. هل يقلع أو تؤدي قيمته. فقال: تؤدي قيمته. ونقضه لحبس مسجد إذا قلع منه ذلك قال: يرد إلى أصله. قال: ومعناه إذا كان إذا أعيد غرس وإلاّ لزم قيمته كما قال إذا غصب وَدِّيَا[1].

ومنه: من دفن بجبانة غيره قبراً فإنه لا يخرج من جري الأحباس بعضها في بعض، وهل يلزمه حفر مثله أو قيمة حفره أو الأقل منها أو الأكثر أربعة أقوال. وزاد ابن الحاجب: ما يختار من حفر أو من قيمة حفر فعلى هذا يرد تراباً في مسألة نقل تراب الطابية مثله وتسويته.

وقد ذكر بعض من يعرف شيخنا الإمام أنه أفتاه بأن يأخذ من تراب الطريق لركن الطابية ويملؤه بغيره من تراب لا يصلح للطابية وفعله ولم يغيّر عليه إمّا لجهته منه أو لجاهه. وهو يجري على ما تقدم في أعواض الأحباس والجاري على أصل ابن القاسم: المنع في الجميع.

وسئل ابن [37 ـ أ] رشد عمن حبس أرضاً في الموتى فحيزت واحترمت بحرمة الأحباس ودفن فيها نحو ثلاثين عاماً ثم عمد المحبس لموضع منها لا يدفن فيه إلاّ بعد تسهيله فسهّله وبنى فيه حمّاماً فقيم عليه، فقال: أشهدكم إذا كملته فقد أعطيت ثمنه للجامع فكمله واستغله عشرة أعوام لنفسه، هل يبقى هو أو يهدم ويرجع للدفن؟ وإذا بقي كما هو هل يكون للجامع أم لا؟ وكيف في ما استغله في العشرة أعوام؟

فأجاب: إذا ثبت ما ذكر فإن الحمام يهدم ويرجع للدفن بعد تسهيله وتجعل غلته في العشرة أعوام للجامع في ما يحتاج إليه.

ثم أعيد إليه السؤال في المسألة ونصه: في من غصب أرضاً من فدان محبس على الدفن فيه وكان. . .[2] لا يمكن الدفن فيه فبنى فيه حماماً واستغله

---

(1) كذا بجميع الأصول.

(2) كلمة غير مقروءة في جميع الأصول.

نحو اثنتي عشرة سنة وله جاه وقدرة. فرفع إلى القاضي وحيز عليه وبقي الإعذار فإذا حكم القاضي بالموجب فهل يرد الحمام للجامع لكونه فقيراً وفيه مصلحة عامة كمقابر الدفن على رواية أصبغ عن ابن القاسم إذا أدخل مقبرة في بناء مسجد؟

فأجاب: إن لم يكن عنده في ما ثبت عليه حجة وجب هدم الحمام وينقل للدفن كما حبس، وإن تطوع أحد أن يعطي باني الحمام قيمة نقضه بعد هدمه بما له قيمة إذا نقض ويبقى حبساً للجامع فهو واجب، إذ قد أجاز العلماء تفريغ الأحباس بعضها في بعض وليس لباني الحمام المنع من ذلك إذا أعطي قيمة نقضه إذ لا ضرر عليه في ذلك. وكان جوابي المتقدم بأنه أشهد على نفسه بأن ثمن غلة الحمام للجامع فإن كان الأمر هكذا فيحاسب بغلته في الأعوام الماضية في ما وجب له من النقض.

وسئل عن من دفن أربعة أولاد في مقبرة المسلمين فغاب عن الموضع فدفنت امرأة على تلك الأولاد ثم قدم أبو الأولاد بعد دفن المرأة بثلاثين يوماً فأراد تحويلها لموضع آخر لظهور قبور أولاده هل له ذلك أم لا؟

فأجاب: لا يجوز نبشها وتحويلها عن موضعها [37 ـ ب] لأن حرمتها كحرمتها حية فلا يجوز كشفها ولا الاطلاع عليها والنظر إليها، ولو كان ذا محرم لمنع من ذلك لطول المدة فلا شك في تغيرها.

ونزلت مسألة وهي أن شريفاً دفن بالزلاج فجاء بعض قرابته وكان غائباً وقت الدفن وذكر أنها مقبرة الجار ليست لهم، فأفتيت ببقائه في موضعه، فإن ثبت ما ذكر فيعطي قيمة القبر لورثته الجيران وإلاّ فلا. لأن الأصل أن المقابر حبس لجميع الناس ولو دفن في ملك الغير، فقال اللخمي: إن لم يطل أخرج وإن طال بقي. زاد في النوادر: وينتفع بظاهر أرضه. ونقل ابن بشير أن له إخراجه مطلقاً، وهو الجاري على الأصول لأن بقاءه في الأرض عيبٌ وليس لأحد أن يدخل على أحد عيباً في ملكه، والله أعلم.

وسئل ابن رشد عن نقض الروضات والمقابر إذا تمددت هل حكمها حكم

ما بني في الحبس على الخلاف المعلوم، أم بخلافه وتبقى لمالكها؟ لأنه حبس ممنوع بخلاف غيره فحكمه الرد كمن حبس على ما لا يجوز شرعاً فهو مردود منتقض باق على ملك ربه.

فأجاب: نقض ما بُنِيَ في الروضات لصاحبه ولا يلحق الحبس إلاّ باتفاق للمعنى الذي ذكرت فيه فرق صحيح.

قلت: ومثله يقع اليوم في بعض مقابر الزلاج تكون القبّة على القبر أو الرخام أو غيره من الأنقاض المرتفعة لبعض الأمراء فيبيعه بعض ذريته أو يكون في المقابر اتساع فيبيع بعض القبور فيها فلا ينكرون ذلك عليهم وهو من هذا المعنى.

وسئل أيضاً عما أحدث في المقبرة من بناء سقائف وقبب وروضات وخولفت فيه السنة، فقام بعض من أمر فهدمها فهل يبقى من بنائها قدر ما يمنع الدواب أم لا يترك منها إلاّ قدر ما أباحه العلماء من البناء اليسير ليميز قبور الأهلين ونحوهم؟ وكيف لو قال بعضهم بنيت جداري صيانة من الحرث ونحوه لقرب العمران هل هو عذر يبيح بناءه أم لا؟ لأن [38 ـ أ] البدعة بظهور البنيان أشد من هذا، ولا يمنع استثناء بعض أهل الشر والفساد بها في بعض الأحيان وذلك أشد على الحي والميت من الحرث ومراعاة أخف الضررين مشروع.

فأجاب بأن ما بني مما ذكرت في مقابر المسلمين يجب هدمه ولا يترك من البناء إلاّ قدر ما يميز به الرجل قبور قرابته لئلا يأتي من يريد الدفن فينبش تلك القبور، وحدّه ما يمكن دخوله من كل ناحيته من غير افتقار لباب. وأما السؤال عما يفعل بأنقاض الروضات هل هو لجميع المسلمين على خلاف ما وقع في هذا الأصل لم يرجع لصاحبه وهو الأشبه والصحيح إن شاء الله. وإن بنى بذلك الأصل فهو أحسن وجوابها النقض لأربابه إذ لا يكون حبساً كالمقبرة ولا يدخل الخلاف في بعض ما بني من المعنى الذي ذكرت من الفرق بينهما.

وسئل أيضاً عن قبر بقاعة نحو عشرة أشبار هل يجب هدمه لبدعة بنائه أم لا؟ وكيف لو تضرر بعض جيرانه منه من كونه يسدّ باب فندقه عن الوارد ويمنعه

النظر إلى الخلاء وإظلام إصطوانة هل له حجة أم لا؟ لكونه يقطع منفعة بشيء لا يجوز، وكيف لو سبق القبر الفندق وادعى ولاة صاحب القبر أنه حوز وقال صاحب الفندق الشرع يمنعه إذ لا منفعة فيه إلاّ مخالفة السنة ولي في زواله منفعة وهل يجوز التحاكم في مثل هذا أم لا؟

فأجاب: إن كان البناء على نفس القبر فلا يجوز ويحرم إن كان حواليه كالبيت وهو في ملكه فلا يهدم عليه بشيء من حجج صاحب الفندق وإن كان في مقابر المسلمين فقد تقدم أنه يُهدم في التي تقدمت.

قلت: حكى المازري عن ابن القصار: إنما يكره البناء على القبور أو حولها في الأرض المباحة للتضييق وهو في المملوكات جائز. وخرج بعضهم جواز البناء عليه من تجويز أشهب [38 ـ ب] ترفيعه، وضعّفه عياض. وتقدم أن الحاكم ذكر في مستدركه إثر تصحيح أحاديث النهي عن البناء والكتب على القبر ليس العمل عليها لأن أيمة المسلمين شرقاً وغرباً مكتوب على قبورهم، وحُلِّلَ عملٌ أخذه الخلف عن السلف.

وسئل ابن رشد عن مسجد احترق فيه ملاطان وليس في غلته ما يقيم بناءه إلاّ أنه إذا حط الإمام والقَوَمَة من منفعتهم هل تقدم مصلحته عليهم أم لا؟ وكيف لو قال الإمام والقومة ما يعمره إلاّ أن يدفع إلينا أجرنا، هل يقومون على بنائه أم لا؟

فأجاب: بنيان ما احترق من الملاط مقدم على مرتب الإمام وقَوَمَة الجامع إلاّ ما كان من إجارة المثل في الخدمة الضرورية مثل فتحه وغلقه وكنسه، وقيّده إن لم يجد من يتطوع بذلك.

وسئل عن مسجد تهدمت فيه ملاطات ولم يفضل من خراجه بعد مرتب إمامه وقومته ما يبنى منه ولغيره من المساجد فضلات، فهل تؤخذ وتصرف في هذا البنيان على ما جاء من صرف الأحباس بعضها في بعض؟ وكيف إن لم يجزه، فهل تسلف الفضلات على فاضل خراج المسجد أو على غلاته ولو أدّى ذلك إلى قطع أجر أيمته وقومته أم لا؟

فأجاب: إن لم يفضل من أحباس المساجد إلاّ اليسير فلا يصح أخذه

مخافة أن تقل غلته في المستقبل فيحتاج إلى الفضلة، وإن فضل كثير مما لا يحتاج إليه وإلى بعضه فلا بأس بأخذها ويبنى منها الجامع إذا لم يكن في فاضل غلته ما يبنى منه، على ما اختاره مَن تقدم من العلماء في هذا المعنى، والواجب تقديم بنائه ورمِّهِ على أجر أيمته وقومته إلاّ أن لا يؤجد من يؤم ويخدم تطوعاً فيؤدي إلى تضييع الجامع وتعطيله.

قلت: وكذا الحكم الآن في أحباس المساجد بتونس. ويزاد فيه أنهم مقدمون بالضروري [39 ـ أ] ما لم يؤد إلى خراب المسجد وذهابه فيكون أحق مطلقاً، من باب ارتكاب أخف الضررين.

وسألت شيخنا الإمام عن ربع حبس إذا لم يأخذ الإمام شيئاً من خراجه، هل يجب عليه إصلاحه من غيره؟

فأجاب: إن كان الحبس عن واحد فتجب النفقة على المهدوم من غيره وإن لم يكن المحبس واحداً فلا يجب عليه إلاّ ما كان أخذ منه عن الربع المحبس بعضه للإمام وبعضه للمؤذن فيهدم الربع المحبس على المؤذن والحبس واحد.

فقال: يبدأ بالمؤذن فيؤخذ بقدر ما انتفع به من هذا الربع ويكمل من عند الإمام مما أخذ من الربع المحبس عليه.

قلت: هذا على مذهب ابن رشد في زائد على الضروري وما أخذه من الضروري فلا يرجع به عنده. وهذا الزمان كثر فيه أكل خراج حبس المساجد من الأيمة ويدّعون الحبس منهدماً وربما تعطل مما يتوالى عليه الخراب. فلذلك شدد عليهم صاحبنا الشيخ الفقيه قاضي الجماعة ـ أكرمه الله تعالى ـ وألزمهم بناء الأحباس وربما سجن بعضهم وضيّق عليه وجعل من الحقوق الواجبة المعينة التي يجب الاحتساب فيها، وربما صرّح بجرحة من فعل ذلك لأنه أخذ ما لا يجوز له أخذه فهو كالغاصب في ذلك، وهو شديد في حق من اشتهر عنه التزهد في الأحباس وعدم الاهتمام بها، لأن كل الناس إنما يحبس بشرط أنه لا يكون للإمام أو المؤذن إلا ما فضل عما يحتاج إليه الحبس، فلا يحل له أن يأخذ

إلاّ ما زاد عما يحتاج إليه من إصلاح على وجه السداد والتوسط فيه لا الإفراط في الإصلاح.

وسئل ابن رشد عن حاكم تسلف من أحباس مساجد ما بنى به بناء حول الجامع وعلم أنه لا يفضل من غلات الجامع ما يؤدي منه السلف هل يضمن أم لا؟

فأجاب: لا ضمان عليه.

قلت: لأن مذهب فقهاء الأندلس جواز تفريغ [39 ـ ب] الأحباس بعضها في بعض وهذا منها، ويأتي خلافه.

وسئل أيضاً عن غلات مسجد واسعة هل يستنفق لأيمته وقَوَمته ووقيده وحُصُره أو يوقف فاضلها؟ وهل يشترى منها أصل للحبس أم لا؟ وكيف إن لم يجز الشراء ففعله حاكم هل يضمن ما اشترى به أم لا؟

فأجاب: لا يجوز أن يستنفق الغلات على إمامه وقومته ووقيده وحصره ولا يزاد أحد منهم على السداد وما تقتضيه المصلحة شيئاً، وشراء ما استفضل من الغلات أصلاً يكون حبساً صواب، ووجه نظر، فكيف يضمن فاعله؟

قلت: وفعلتُ ذلك في فضلة من الحبس واشتريت بها للمدرسة ربعاً وشرطتُ فيه متى احتاج الحبس إليه في ضرورياته فيكون له بيعه. وذلك بإذن الناظر في الحبس وهو إمام جامع الزيتونة من كان. وكذا اشتريت حوانيت في مقابلة العلو الذي أخذ منفعته حَفَدَة المحبس عوضاً عن العلو الذي على المدرسة حتى لا يختل شيء من ربع الغلات، والحوانيت أكثر فائدة احتياطاً لا إيجاباً وذلك بعد مطالعة الناظر على الحبس وهو القاضي لكونه إماماً للجامع. والله الموفق والهادي للصواب، وحسن النية والأعمال بالنية. وهذا على مذهب من يجيز صرف الأحباس بعضها في بعض، ومن لا يجيز ذلك يأتي الوجه الذي يصنع بفاضل الخراج.

وسئل أيضاً عمّن استفضل دراهم في أحباس مسجد فاشترى به دويرة ثم أراد الناظر أو غيره بعد أن يبيعها ويشتري ما هو أعود للمنفعة، هل له ذلك أم لا؟

فأجاب: ليس للناظر فعل ذلك إلاّ بعد مطالعة الحاكم بعد أن يثبت عنده وجه النظر فيه.

قلت: وليس من بيع الحبس لأن الشراء إنما خرج على وجه الاجتهاد بمال الحبس. ومثله ما يفعله اليوم صاحب الأحباس، يشتري بفاضل الغلة ربعاً أو سلعاً [40 ـ أ] للتجارة لِيُرْبِح فيها للحبس وسوغ له ذلك. وهو يجري على التجارة للوصي بمال اليتيم لليتيم حبسه، وهو جائز لا سيما إن كان كما فعلتُه أنا بشرط أن يباع إذا احتيج إليه في الحبس إذ ليس هو أصل في الحبس. وفعلتُه نظراً للحبس إذ هو خير من كون الدراهم وديعة لما يُخشى عليها من الضياع لا سيما إذا نفدَت من غير شهادة.

ابن عات: لبعض أصحاب الأندلسيين: إن أباه كتب إلى بعض شيوخ الشورى بقرطبة في ما فضل من أحباس المساجد عن مرمّتها ووقيدها وجميع أسبابها وتراكمت غلات أحباسها أيصرف في نفع سائر المساجد التي لا غلات لها أم ماذا يصنع؟

فأجاب: قول ابن القاسم أن لا يصرف إلى غيره من ذلك شيء، وتباع به أصول ودور تجرى غلاتها عليه ويبقي سائر ذلك لغلاته، وماؤها منه، ويوسع من ذلك في جميع ما يحتاج إليه من وقيده وحصره وجميع أيمته وقومته وغير ذلك من أموره.

قال: وغيره يجيز صرفه إلى غيره من المساجد التي لا أحباس لها بعد أن يعلم صحيحاً أنه لا يحتاج إلى ما صرف إلى غيره. وحجة ذلك أن المحبس إنما سبّلها للنفقة لا للاستغناء ونحوه كله لغيره. قال: فإن أخذ أحد بهذا القول لم يضمن ما أنفق من ذلك على غيرها. وعلى قول ابن القاسم أكثر الغلات، ومن لم يجز الصرف لم يجز السلف من بعضها لبعض، ومن أجاز ذلك أجاز السلف. وعن أصبغ وابن الماجشون في العتبية أن الأحباس كلها إذا كانت لله انتفع بعضها في بعض. وبه قال بعض أصحابنا.

وفي كتاب ابن سحنون: كتب شجرة إلى سحنون في مسجدين أو قصرين

متقاربين من الرباطات وضع في هذا وفي هذا سلاح ينتفع به المرابطون فيحتاج أهل هذا القصر إلى ما في الثاني لينتفعوا به ويصرفوه إلى حيث أخذوه أن أهل كل قصر أولى بما فيه [40 ـ ب] إلاّ أن يكون أمراً قد عرفوه إذا جُعل شيء في موضع انتفع به أهل موضع آخر.

قلت: فتوى ابن رشد على قول الغير.

ومن ذلك عنه جري الأحباس بعضها في بعض. وعلى الأول حكى ابن سهل في بيع نقض الحبس إذا بيع. عن ابن لبابة أنه رأى بيعه وإيقاف ثمنه إلى أن يتيسر بنيان الخربة التي أخذ منها وهي حبس، فيستعان به لما في ذلك من النظر للحبس وهو خير من أن يترك فيتلف جميعه، قاله ابن وليد.

وفي مسائل ابن زرب: رفع إليه أن ابن أبي عبيدة هدم قصبة كانت في داره المحبسة وباع نقض بعضها فأمر بإخراجه عنها. . .[1] ما عليه، ثم رغب إلى القاضي أن يعاد إلى الدار ويوضع النقض في بيت يُبْنَى عليه إلى أن يغطى سقف المحبس الذي كان تحت القصبة. فتشاور القاضي مع من معه فقال له المسؤول: لا يبنى من هذا شيء على يديه أبداً لأنه شديد السَّفَه، وأرى أن يباع من النقض بعضه وينفق من ثمنه في بنيان المحبس ويدخل باقي النقض في البنيان فحينئذٍ تباح له الدار، فعل ذلك. فقيل له: أليس هذا من بيع الحبس؟ فقال: ألستم تسمعون إن لم يفعل هذا لم يبق شيء من الحبس لهدمه وبيعه هذا له إصلاح. فقيل له: رأينا مساجد تباع حُصرُها وبلغني أن مسجداً بيع منه حصر بخمسة وثلاثين ديناراً، فقال: إذا كان يستغنى عنها فما ببَيْعها بأس. قيل له: وكذا ما بَلِي من أنقاض المساجد واستُغنِي عنها، قال: نعم بيعه جائز.

وقال له ابن دحون: مَن حبس غلة حبس على حصن في وجوه ذكرها فتغلّب العدو على الحصن. فقال: تنفذ الغلة في مثل هذه الوجوه مما هو لله كالدار المحبسة تلصق مسجداً لا بأس أن يوسع بها المسجد الجامع خاصة لأنها لا تكون إلاّ بموضع واحد بخلاف غيره، لأنه ينتقل جزء مسجد إذا ضاق لغيره.

---

(1) كلمة غير مقروءة في جميع الأصول.

ونحوه في الواضحة عن مالك: أُدْخِل [41 ـ أ] في مسجد رسول الله ﷺ دور محبسة كانت حوله هدمت وزيدت فيه. ومساجد الجماعات في غير المدينة مقيس عليها، بخلاف مساجد العشائر.

وعنه: في المقبرة تضيق عن الدفن فتنقل إلى غيرها ويلاصقها مسجد ضاق عن أهله فلا بأس بإدخالها والمقبرة والمسجد حبس للمسلمين فيستعان ببعض ذلك في بعض.

وعن ابن القاسم: في مقبرة عفتْ بنى قوم عليها مسجداً لا بأس به وما كان لله فلا بأس أن ينقل بعضه إلى بعض.

وتشاور بعض قضاة قرطبة في مسجد أرادوا الزيادة فيه من دار حبس بجواره وعقدوا فيه أنه مما يصلح به المسجد ويتوسع به أن تضاف إليه الدار المحبسة التي تليه.

فأجاب ابن عتاب: رأيت قد خص من العقد تحديد المسجد بما يلاصقه من الدور والعقد مفتقر إليه لتعرف الدور الملاصقة ومن أربابها فيقف على هيئة المسجد وما يتصل به من حبس أو غيره، وهل يشرع بابه إلى محجة أو درب أو فناء، فقد تلاصقه دار يرغب ربّها في بيعها فيقرب مأخوذه عن أمر الحبس وما يضمنه العقد أنه مما يصلح المسجد ويتوسع به، ليس هذا وجه العقد، ووجهه غير هذا مما علمك محيط به. وربما نظر للمسجد مما هو أفضل وأسلم أو يوجه عرفاء البناء. فإن كان بابه يشرع إلى فناء ومحجة واسعة لا ضرر على مسلم من الأخذ منها يتسع به المسجد وصار يرغب صاحبها في بيعها دون إكراه عليه، وإن لم يكن هذا تركتَ النظر في ذك، إذ لا يغيّر الحبس على مذهب مالك إلاّ في ضيق الجامع وطريق المسلمين لا بد منه وأما مساجد القبائل فلا. وهو نص الرواية والفرق واضح. والمسجد المسؤول عنه بقربه مسجد ويجوز أن يحدث آخر الحومة ولا حجة لقول ربيعة ولا لرواية أبي الفرج عن مالك إذ ليس ذلك من معناه. وعن كثير من شيوخ بلدنا يقول [41 ـ ب] لا سبيل إلى إكراه الإمام لأحد على بيع داره لتزاد في الجامع ولا تؤخذ إلاّ بطيب نفس ربّها ويحتج

بحديث كان يرويه ورويناه عن ابن سهل. وهذا مذهبه في نقض مسجد يتهدم ولا جيران له ومعه ما ينقد في بنائه وإعادة نقضه فيه يترك ذلك النقض ولا ينقل لغيره ولا يصرف لسواه.

وأفتي في نقض جامع بلدة من عمل قرطبة أن يترك في الجامع حتى يبنى ولا يزول واحتج بما في سماع القرينين عن مالك في من تصدق بنخل بمائها فأصابتها الرمال حتى بلغت كرانيفها[1] وغلبت عليها، وفي مائها فضل، قال السائل: وقد أردت بيعها، قال مالك: لا أرى بيعها ويدعها حتى تغلب عليها الرمال.

وعن ابن وضاح: سألت سحنوناً عن زيت المسجد يكون كثيراً يباع ويدخل في منفعة المسجد. قال: يجعل فتائل غلاظ ولم ير بيعه. قلت: أيوقد به في المسجدين؟ قال: لا بأس به. قلت: فالخشب يكون في المسجد وعفت ولا يكون فيها كبير منفعة، أتباع ويشترى بثمنها خشب يرم بها المسجد؟ قال: أما أنا فلا أجعل سبيلاً إلا ببيعها. إلا أن ثم قولاً ضعيفاً. فهذا مذهب ابن عتاب.

وتقدمت مسألة الزيادة في الجامع، ولكن أعيدها هنا لذكرها هنا في هذا الكلام.

وسئل ابن رشد عن جامع بمصر ضاق بأهله وحواليه حوانيت للناس فأبوا من بيعها فهل يجبرون على بيعها بالقيمة أم لا؟ وكيف لو قال أربابها إنها حبس وأثبتوه أو لا؟ فهل يعرضون بذلك من حوانيت الجامع أو يعطون القيمة؟ وقد استفضل من غلات الجامع ما يشترى به هذه الحوانيت التي امتنع أربابها من بيعها واحتيج إليها؟ أخذت منهم بالقيمة على ما أحبوا أو كرهوا لمنفعة الناس وضرورتهم وهو في الثمانية عن ابن وهب وهو في الثمانية عن ابن الماجشون، وذهب إليه أكثر شيوخنا المتقدمين. وبذلك قضى عثمان على من أبى البيع من أرباب الدور التي زادها [42 ـ أ] في مسجد رسول الله ﷺ محبسة أو غيرها.

---

(1) الكرانيف: أصول الكَرَب (أغصان النخل).

وفي المجموعة عن سحنون: في نهر إلى جانب طريق الناس وبجانبها أرض لرجل فمال النهر على الطريق فهدمها.

قال: إن كان للناس طريق قديم لا ضرر عليهم في سلوكها فلا طريق لهم على هذا الرجل، وإن دخل عليهم ضرر رتب الإمام لهم طريقاً من هذه الأرض ويعطي الإمام قيمتها من بيت المال. وهي مثلها بعينها لا فرق.

قلت: زاد في الطرر فيها.

قلت: فإن لم ينظر السلطان فهل على الناس حرج في مرورهم على أرض الناس يخرجون إلى طريق المسلمين؟

قال: نعم، أرى أنهم في حرج، لا يسلكوا فيه إلاّ بإذنهم.

قلت: ومثله اليوم يقع في ربع الخضراء وغيرها من أراضي قرطاجنة أيام الشتاء يكثر الطين فلا يستطيع الناس المرور إلاّ في الرباع المملوكة، فلا يجوز إلاّ بإذنهم ولا يكون ذلك حيازة للمارين كما توهّمه بعضهم، لأنها من الغصب من مُلاكها. وتقدم التنبيه عليه في مسائل الضرر.

قال ابن رشد: وهو من باب القضاء على الخاصة للمنفعة العامة، مثل قول مالك وغيره في إخراج الطعام زمن الغلاء، يأمر الإمام أهله بإخراجه إلى السوق وبيعه من الناس. ومنه نهيُهُ ﷺ عن بيع الحاضر للبادي، وعن تلقى السلع. . . الحديث وضمن أهل العلم الضياع ومثله كثير. وكان بعض الشيوخ يخالفه ويقول: لا يُكره الإمام أحداً على بيع داره إلاّ باختياره، ويحتج بحديث لا حجة فيه لاحتماله. واحتج أيضاً قوله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلاّ عن طيب نفس منه» وليس الأخذ بصحيح، إذ ليس على عمومه ولكنه مخصوص بما تقتضيه أدلة الشرع.

وكذا ما ورد في القرآن والسنة في ألفاظ عامة، فمنه قضاؤه ﷺ للشفيع بالشفعة على المشاع وقال: «من أعتق شركاً له في عبد قوّم عليه قيمة عدل» فلم يكن معارضاً لقوله ﷺ [42 ـ ب] «لا يحل مال امرىء مسلم بغير طيب نفسه» بل

مبيّناً ومفسّراً إذ جعل للشفيع حقاً له لزوال ضرر الشركة عن نفسه وفي العبد حقاً له لزوال ضرر الرق عن نفسه والانتفاع بكمال حريته. وإذا ثبت تعليل الأحكام وجب القياس عليها.

وعن مالك: من بنى في بقعة رجل بغير أمره أو بأمره مدة فانقضت فلصاحب البقعة أخذ النقض بقيمته، وإن كره الباني للعلة من الانتفاع ونفي الضرر، فإذا ثبت الأخذ في هذه المسائل لمنفعة رجل واحد ولو لم تطب أنفس أربابه فأحرى في المنفعة العامة وإزالة الضرر عنهم. ولا شك أن ضرورتهم لهذه الزيادة أكثر من هذا لاتحاد الجمعة وعدم تكررها لا سيما زمن الطين والمطر. وكذا يجب في الحوانيت المدعى تحبيسها ثبت أم لا، يجبرون على بيعها بالقيمة، وتعمل تلك القيمة في حبس مثله من غير أن يقضى عليهم، على ما روى ابن القاسم عن مالك.

ولم يختلف قول مالك وأصحابه المتقدمين والمتأخرين أن بيع الحبس القائم جائز لتوسيع الجامع عند الحاجة واختلفوا في ما سواه من المساجد. ففي العتبية والواضحة وحكاه أبو الفرج وغيرهم ما يشهد لما ذهب إليه: وإذا استفضل للجامع من الغلة ما يشترى به الحوانيت فلا تصح المعاوضة بشيء من أحباسه.

وسأل أمير المسلمين علي بن يوسف بن تاشفين عن الزيادة في جامع مرسيه وسؤاله يؤخذ من جوابه، فأما إضافة الأرض المنسوبة إلى ابن طاهر للجامع فإن لم يكن في يد أحد يدعيها لنفسه جائز بلا شك ولا اختلاف بين العلماء في إجازة أضافتها بل هو واجب إذا ضاق المسجد بأهله لا سيما بما ظهر فيه من عقد التحبيس ليزاد فيه.

وكذا الدار المحبسة شرقي الجامع يجوز إدخالها من غير ثمن عند الحاجة. فإن كانت محبسة على معينين فلا تؤخذ إلاّ بالثمن، هذا قول مالك وجميع أصحابنا المتقدمين والمتأخرين من غير خلاف، وإنما اختلفوا في ما سبق الجامع من المساجد حسبما [43 ـ أ] تقدم.

وأما المال الذى أخرجته الحرة لبناء الزيادة في الجامع، فإن كان من طيب كسب فهو جائز، وإن لم يكن من كسب حلال فبين أهل العلم اختلاف. فمن رآه كالفيء أجازه هنا، وإن كان غير الزيادة أهم منها كمن أعطى زكاته لفقير وثمّ أفقر منه، وهي على نيتها في ما قصدت لقوله ﷺ «الأعمال بالنيات». ومن رآه كالصدقة فلا يجوز على هذا بناء الزيادة به. وإن وقع مضى وصحت الزيادة. وضمنته حتى تضعه في وجهه.

قلت: وكذا أجراه ابن الحاج فقال: من بنى مسجداً بمال حرام غير معين، فمن يراه كالفيء يمضي ويصلَّى فيه ولا غرم على الباني، كمن أعطى زكاته... إلى آخره. ومن رآه كالزكاة يمضي بناؤه على ما تقدم، ولزم الباني قدره للفقراء لأن الصدقة لا يبنى بها المسجد.

قلت: وقد يتخرج الخلاف على من إذا دفع زكاته لغني وفاتت أنه ماض، كالمجتهد يخطىء في المال فيعذر في خطئه. وقد تقدم له نظائر. وما حكاه من اتفاق قول مالك وأصحابه حكاه المازري عن ابن المنذر، أنه اجتمعت عليه الأمة. وانظر ما تقدم لابن عتاب عن كثير من أشياخ بلده: هل يرده هذا الإجماع أو هو يخرق الإجماع؟ وكذا حكى ابن الحاج أنه لا خلاف في الجامع، وذكر وقائع في هذا انظره.

ابن عتاب عن الشعباني: من وقف وقفاً فأراد غيره الزيادة فيه أو النقص منه فللواقف أو ورثته بعده منعه منه، ولو أطلقوا له ذلك في القبض ما جاز إطلاقهم، وللإمام منعه. وإن خرب فأراد غير الواقف إصلاحه فمنعه الواقف أو ورثته فلهم ذلك. المشاور: وكذلك لورثة ورثته ما تناسلوا فإن لم يصلحوه فلغيرهم إصلاحه. الشعباني: ولو شرط الواقف أن يرافق غلته بمنافع أهله ويترك إصلاح ما تخرب منه بطل شرطه.

قلت: لأنه من إضاعة المال، فهو شرط ما يخالف قاعدة الشرع فوجب إبطاله.

وسئل ابن رشد عمن بيده فندق [43 ـ ب] حبس له طبقات إلاّ أن بعض

السفلي إصطبل للدواب وسائره للسكنى فعمد المحبس عليه وهدمه إلى الأرض وجعل له طبقتين للسكنى[1] وبنى بناء جديداً ومات ولم يذكر وجه بنائه فأراد ورثته أن يرثوا ما زاد البناء وتملكوه ومنعهم صاحب المرجع وقال هو حبس.

فأجاب: بأن في هذا اختلافاً كثيراً بين العلماء. والذي أتقلده وهو الصحيح عندي أن ينظر إلى قيمة البنيان الذي بناه، فما زادت على قيمة ما كان هدمه فإن استوفى تلك الزيادة في حياته من فضلة غلة الفندق على ما بناه، وما كان عليه فلا حق لورثته في ما بناه بعد ذلك، وإن لم يستوف ذلك استوفاها الورثة من الغلة المذكورة على نحو ما سبق ومضى حبس البنيان.

قلت: ما أشار إليه هو المذكور في الحبس منها.

إذا بنى بعض أهل الحبس وأدخل خشبة أو أصلح ثم مات ولم يذكر لما أدخل ذِكْراً فلا شيء لورثته فيه. ابن القاسم: إذا أوصى به لورثته فهو لهم وإن لم يذكر فلا شيء لهم قل أو أكثر. وعن المغيرة: لا يكون شيء من ذلك صدقة محرمة إلاّ في ما لا بال له من الموازيب والستور، وما له خطر فيورث عنه ويقضى به دينه، فينظر في الأمهات.

وتقدم إعطاء الأرض المحبسة مغارسة في مسائلها، فقال ابن الحاج: لا يجوز لأنه يؤدي إلى بيع بعضها، فإن نزل وفات وكان للمسجد غلة أعطي منها حتى يصلح الغرس، والأرض للمسجد حبساً، وإن لم يكن له غلة قدر الأرض. وتقدم قول سحنون إن له أن يعطي قيمة الأرض في أرض أخرى تكون حبساً في السبيل كما كانت الأولى، ولو استعملت فيها رواية أبي الفرج في جواز بيع الربع إذا خرب لقيل إن إعطاء الأرض المحبسة إذا كانت مقبرة ولم يفد منها شيء جائز.

ابن سهل: في من حبس عرصة تلاصق مقبرة للمسلمين ليدفن فيها أصله وولده وتلاصقها دار بابها إلى الطريق فحبس منها قطعة وفتح بابها إلى تلك

---

(1) جملة سقطت من أ.

العرصة فمنع ورثة محبسها وقالوا [44 ـ أ] فتح بابا يضر بمقبرتنا لما يحدث من مرور من يخرج من الدار ويختلف إلى قبور من دفن في القطعة المذكورة من أهل صاحب الدار وهذا تغيير للحبس وليست الطريق بجائزة على القبور.

فأفتى بعضهم بأنه ﷺ كان يشق المقابر ولو كان من الضرر ما فعله. وإنما كره ابن حبيب المشي على أسنمتها والمشي على القبور لمن كان له بها قبور ضرورة ويؤمر بالتحفظ عليها لئلا يهدمها، وللضرورة حكم. واحتج الآخر بأن الدار قد تصير إلى من يجعل هذا الباب طريقاً للدار وتصير مسلكاً لأهل الشر، ولذا منع من فتح باب للمسجد لا انتفاع به.

فأجاب أبو بكر بن عبد الرحمن: الذي يظهر أن لهم منع من أراد إحداث ذلك عليهم للضرر بهم، وقبورهم هو شيء لازم في كل الأوقات، والمرور في المقبرة لأن المقابر نادر المرور بها. وهذا يريد أن يجعله حقاً لازماً لمن يسكن الدار معه وبعده من مكتر ومالك، وقد يتسع لسلوك الدواب وغيرها فهو ضرر.

وأجاب أبو عمران: حجة أهل المقبرة بينة ظاهرة ولو كان التطرق بالمشيء يشبه المجاز فقط لجاز إذ لا ضرر. وأما لو سكنت الدار المحدث بابها إلى المقابر فالباب وسيلة لتطرق الماشية إن اتخذها يوماً ما وذريعة إلى إلقاء الأزبال وارتفاق سكانها بما يليها من المقبرة كما يرتفق بالأفنية، فيؤدي إلى درس المقابر فيمنع من ذلك ويغلق الباب لأن حرمة عظام المسلمين الموتى كحرمتهم أحياء. وما أجاب به صحيح ولا يتوجه فيه خلاف، ولو لم يحبس العرصة صاحبها لكان له المنع، فكيف وقد صارت تحترم بحرمة الأحباس التي تحمى مما هو مباح في غيرها.

ووقعت بالقيروان في دار مدفن الشيخ ابن أبي زيد، اشترى رجل ركن بيت وفتحها في بيت مدفن الشيخ ودفن فيها هو وقرابته فلم يقع التغيير عليه، إما لعدم القائم أو لأن تلك البقعة [44 ـ ب] انقطعت من ملك الغير وبني حائط بينهما فصارت من جملة دار الشيخ.

وسئل بعض الناس ـ وأظنه الإمام المازري ـ عن محضر مضمنه أن جماعة

كثيرة ـ وذكرهم ـ عاينوا سور القيروان من أبراجه ومادته وبدنه وجميعه قد انتهى إلى آخر الباب، وأنه سائر إلى الهلاك والذهاب، وأن جل شقوق أبراجه ذهبت وسائر كل عود ظاهر كذلك. وإن من حسن النظر لأهل البلد المذكور وسائر من يرد عليه أن يبادر سورها ببيع ما بقي من الأنقاض المذكورة وينفق على أبراجها ويرد جميعها مدمساً بالآجر والجص فهو أبقى وأسلم من الذهاب وإنه لا يقدر على رد أبراجه بالسقوف كما كانت، وأن الوقوف حتى يفتح الله بما يتم به الأبراج يؤدي إلى ذهاب بقيته ويخاف على أهل البلد ووصول الأذى إليهم وتمكن اليد الغالبة. وشهدوا بذلك أواخر شهر ربيع الأول من سنة ثلاث وعشرين وخمسمائة [1129 م] فهل يعمل على ما تضمنه هذا المحضر أم لا؟

فأجاب بأن قال: من يتقدم من شيوخنا يناظر في الكلام على السور لأجل ما كان عليه أمثل بنائه، وكان شيخنا أبو الطيب يحض على إصلاحه والاستعداد له ومر له في ذلك ما هو مشهور مع القاضي أبي بكر أحمد بن عبد الرحمن القصري ونحن على رأيه في ذلك. وإذا ثبت أن شقوق الأبراج المخشبة لا يؤمن عليها ولا يقدر على صيانتها وأنها معرضة للهدم والذهاب ولا تبقى في الغالب ويتطرق بذهابها إلى هدم غيرها. وثبت ذلك عند القاضي بشهادة من رضيه من أهل العلم والخبرة بذلك، وهي الآن في حيز المستملك. وشهد بذلك العدول العارفون بالأحوال والأبنية من العدول العارفين بما قلنا.

قلت: وكذا وقع في فندق ابن يغطاس بيع من أنقاضه ما رم به، ونعتوا المفتي وحكم القاضي بذلك أنه سداد وصلاح.

وسئل البرقي عن مسجد صحنه [45 ـ أ] في مقدمه وبإزائه دار محبسة خربت وصارت تلقى فيها الأزبال، فاحتسب من رفع إلى القاضي أن ذلك يضر بحائط المسجد ورغب في توطئتها وبناء حائط عليها ويجعل صحناً لجميع ما بها في ماجلها ويصرف ثمنه في منافع المسجد.

فأجاب: لهم ذلك ويبقى قاعة حتى ييسر الله ببنائها كما كانت. فقيل:

فكيف إن عمدوا إلى حائط المسجد الذي هنا وهدموه وبنوا حنية من قاعتها وأضافوها للمسجد من غير مطالعة قاض، فهل فعلهم صواب وتبقى الحنية على حالها أو تسد من ناحية المسجد وتضاف إلى الدار أو تعد لمن فعل ذلك؟ وهل تبدل أبواب المسجد بالحديد وتحول أبوابها من جهة لأخرى مع صحتها أم لا؟

فأجاب: فاعل ذلك متعد ويعاد الحائط على ما كان، وتغيير أبواب المسجد عن وضعها وموضعها لا سبيل إليه إلا لمصلحة ظاهرة أو ضرورة ماسة.

وسئل البرجيني عن قصبة للحبس أسفلها مرحاض لها فاتخذه رجل للخزين وبنى بيتاً أعلا القصبة، يتشرف منه على عورات أهل الربض الدائر بها مع ضرره لباب القصبة فهل يباح له هذا في الحبس أم لا؟

فأجاب بأنه لا يجوز تحويل المرحاض بيتاً للخزين لأنه ضرر وقد نفاه ﷺ فيبقى ينتفع به مرحاضاً كما كان. وبناء البيت على ما ذكرت لا يجوز ويهدم، ولو رضي أهل الربض ذلك، لأن فيه كشف العورات والتمالي على ذلك لا يحل.

قلت: وهذا على قول السيوري. وحكاه ابن يونس عن بعضهم: أن من فتح كوة يتشرف منها على جاره ورضي بذلك جاره لا يجوز لما ذكر. وعلى قوله في المدونة: يجوز بإذنه، يجوز هنا إلا أن يقال إن الضرر هنا أكثر لكونها حبساً فيتفق عليه هنا، والله أعلم.

وسئل ابن زيادة الله عن رابطة للمسلمين حولها براح وفضاء لذلك فبني بعض ذلك الفضاء لما ضاقت [45 ـ ب] الرابطة وسكن، وكله حبس. فعمد واحد منهم وأراد أن يأخذ من ذلك البراح بعض ما اضطر إليه في السكنى وفيه ساقية يدخل منها الماء للرابطة المذكورة فأجمع على تسقيفها على وجه لا يقع فيه ضرر، فهل له ذلك أم لا؟

فأجاب: لا فائدة في الرابطة إلا سكنى المسلمين، فإذا سكنوها وبنوا حولها فلا يؤمن معه أن يدعوا الملك فيها.

وفي بعض مسائل ابن القاسم: لا بأس بارتفاق بعض الأحباس بعضها في بعض. فإذا احتاج هذا المذكور إلى هذه الزيادة لينتفع بها وينتقل أهل الموضع لمرفقهم إلى ما قرب فلا بأس به لأن ما قارب الشيء له حكمه، وتكون القناة التي تبنى فيه على الوجه الذي لا يشق بالناس.

قلت: ومثله اليوم عندنا بتونس قصر الحاجة بَنَتْه الحرة رابطة وبنوا حوله بيوتاً وعمارات فلم يغيّر وهو على يدي القاضي. وهي تجري على هذا الأصل الذي تقدم.

وسئل البرجيني عمن حضر بنقطة[1] من عمل صفاقس في المائة الرابعة لسكنى الصالحين في ما يذكر ثم لم يبق منهم اليوم أحد حتى أن الحبس على حالة قدر له وليس فيه إلاّ واحد منقطع في ما يذكر، فبني حوله دوُر وصار هو حصناً لهم يضعون فيه ما يخاف عليه من خزين وغيره ويلجؤون إليه عند الخوف من الأعراب أو عدو الدين، ولولاه ما عمروا ذلك الموضع من الخوف المذكور، فهل يجوز لهم ذلك حتى يوجد من يعمره على الوجه الذي حبس له أو يبقى خالياً مع أنه إذا خلا يخشى عليه الانهدام والسقوط؟ وإن علم منعهم منه أدى ذلك إلى انتهاب العرب لهم. وخارج الحصن أراضٍ محبسة وآبار وبعض نخيل ولا يدرى هل حبسه لما يعرض للفقراء من إصلاح أو للساكنين به لقدم الزمان فهل يصلح بغلّة [46 ـ أ] ذلك أم لا؟

فأجاب ما ذُكر ثمّ هو شأن المحارس اليوم فإنّا لله. وإذا كان سكانه كما ذكرتم فلا حق لهم فيه ولا سكنى مع وجود من يصلح. فإن عدموا وخيف عليه الخراب وما ذكر معه من المفاسد فلا خفاء أنّ سكنى هؤلاء أولى لرفع المفسدة ويؤمرون بمواظبة الصلاة ودفع ما يعود بالمضرة على المحرس المذكور. فإن يسّر الله بمن يصلح أخرج هؤلاء وسكن فيه من يصلح. وأما غلات الموضع فلا حق فيها للساكنين وإنما يصلح بها المحرس المذكور لأنه وإن كان للساكنين فليس هم هؤلاء بل غيرهم.

---

(1) نقطة: رباط قديم جنوب مدينة صفاقس، لا زالت جدرانه قائمة.

قلت: ولأن ذلك يؤدي إلى تعطيله وخلائه فهو مقدم عليهم ولو شرط خلافه كما تقدم قبل هذا.

وسئل عمن بيده بيت من محرس وأعلاها لغيره وحول البيت فناء قدره ثمانية عشر ذراعاً فأراد أن يبني في ظهر هذا البيت داراً ويفتح باباً منه يتصرف فيه في هذه الدار أيام الجهاد وغيره ويبقى بينه وبين الخندق ستة أذرع لممرّ الناس في بعض الأوقات، ويتصل بهذا البناء شرقاً وغرباً فضل لأهل المنزل فيه المرور والارتفاق، ولغيرهم في بعض الأوقات. فهل يجوز له بناء الدار المذكورة في الحبس المذكور أم لا؟

فأجاب: الدار لا تغير عن حالها إلاّ بإصلاح ما تهدم ولا يجوز نقب بيوت الأحباس ليتوصل إلى خارجها ولا يملكها. وأما البناء فإن كان يضر بأهل الموضع منع، وإن لم يضر فلا يمنع.

وأجاب غيره عن السؤال بزيادة ذكرت فيه، منها أنه التزم بحبس هذه الدار وإلحاقها بحبس الموضع وإلحاق بنائها بإنفاذ الموضع. فقال: إذا زيد الحبس ما ينقص منه الانتفاع به أو يحصيه ولا يخاف مع ذلك أن يدعي ملك الزيادة فيه فهو غير ممنوع، وإن انخرم شرط من هذه منع.

قلت: [46 ـ ب] هذا جار على جواز التصرف في الأحباس والنقصان لمصلحة فهو كتفريع الأحباس بعضها في بعض ومن لا يجيزها يمنع من هذا التصرف المذكورة.

وسئل السيوري عن مسجد ليس له صحن ويحتاج إليه في الصيف لشدة الحر وفي الشتاء للشمس. فأراد أهل المسجد إحداث درج في المسجد للصعود لسطحه لذلك هل يجوز أم لا؟ وإذا لم يجز فهل يصنع سلم من عود يصعد عليه فوق المسجد أم لا؟ وقد نزلت في غير موضع. فمن الناس من فعل الأول، ومنهم من فعل الثاني، والمساجد قديمة ولم يكن فيها شيء من ذلك. فإذا كان الدرج لا يمنع أحداً من المصلين أو لا يحتاج إلى الموضع الذي يعمل فيه الدرج للصلاة فيفعل، وإن كان خلافه فيفعل من عود بحيث لا يضيق.

وسئل أيضاً عمن أخذ عموداً من مسجد خرب بإزاء قصر الإمام فجعله في الجامع، وأخذ العود الذي هو مكانه وباعه ممن بنى عليه سفلياً وعلوياً وقيم الجامع الفاعل لهذا من أهل الدين. لكنه ليس من أهل العلم ويقول إن عنده فتاوى بالنقل للحبس، ونقل هذا العمود لحسنه للجامع الذي باع في القدر وأحسن منه في الصفة، وفي البلد المذكور مساجد كثيرة غير هذا ولم تزل عامرة كثيرة بالناس منذ كانت. فهل يجوز بيع هذا العمود لما ذكر؟ أو يفسخ لكونه من الأحباس وهي لا تباع وينقض جميع ما عليه؟

فأجاب: يريد العمود لمكانه من الجامع وينقض ما عليه إذا لم يتوصل إليه إلا بالهدم.

قلت: هذا الجاري على منع بيع الحبس من كل وجه ومن يجيز تعويض الحبس لمصلحة إذا ظهرت يجيز هذا.

وعلى الأول تكون نفقة الهدم وجميع ما ينفق على الفاعل لأنه متعد في الذي تصرف فيه، كمن إذا أحدث بناء في أرض مغصوبة فنفقة ما يزيل البناء عليه إن شاء ذلك المستحق.

وسئل [47 ـ أ] السيوري عن حانوت محبس على مسجد قديم الحبس ولا يدرى مصرف هذا الحبس. فعمد من يقوم بالمسجد لوجه الله إلى صرف غلته في حصر المسجد وقناديله وزيته اجتهاداً منه، وله على هذا نحو العشرين سنة. فهل يصلح منه ذات المسجد من تسقيفه وتبديل ما وهى من خشبة ورم درجه لأنه يصعد عليه لما ذكر أم لا؟

فأجاب: يفعل المتولي ما يراه هو وغيره صلاحاً يستعين برأي غيره من أهل الفهم والدين والرأي.

وسئل عما يُصنع بهذه الخشبة التي تكسرت، هل يصنع للدرج أو لا؟ وما وَهَى منها ولم يكن به حاجة عند التبديل هل يباع أم لا؟ وما يصنع بثمنها إذا بيعت؟

فأجاب: يفعل من ذلك ما وصفتُ لك.

وسئل أيضاً عما يصنع بفاضل غلة الحوانيت يشترى به ربع أم لا؟ ورأى القيم لفساد الزمان وخوف التلف عليه ممن يأتي بعده إذ يغلب على الظن أنه لا يأتي آخر بعده مثله أو قريباً منه.

فأجاب: يفعل الذي هو أولى على حسب ما تقدم.

وسئل عن مسجد قديم ويكتنف به طريقان، وشهد عدوله أنهم يعلمون المسجد وقدمه واتصال الطريق به حتى أحدثت غرفة على الطريق بعضها على ركن المسجد وحائطه وبعضها على عرصتين محدثتين تلاصقان المسجد وحانوته. فسأل القاضي: من أحدثها؟ فقال: كانت بطحاء لا غرفة فوقه. وأقام شهوداً أنها كانت غرفة شرقي المسجد المذكور حتى هدمها بعض من سبق من السلاطين. وظاهر شهادة هؤلاء أن خشب الغرفة كانت مغروزة بحائط المسجد وهو الآن خالص لا شركة فيه لكنه بجوار الطريق، والذين كان السباط لهم من الصنهاجيين المتغلبين ولعلهم ممن أحدثوه. وشهد شاهد أنه كذلك وأن هدم السلطان لها إنما كان لذلك، فهل يعمل على بينة الإحداث أو الآخرين؟

فأجاب: يحكم بأن الأمر محدث [47 ـ ب] ويمنع.

قلت: هذا يجري على أحد القولين في الكوة إذا جهل أمرها المشرفة على الجار هل هي قديمة أو محدثة؟ ففي أحكام ابن سهل فيها قولان.

وسئل أبو الحسن بن النعمة عن مكان موقوف لدفن المسلمين، هل يجوز أن يحجر منه أرض ويجعل عليها حائط حاجز أم لا؟ وهل يفترق الحائط الطويل الذي يستر مَن ورءاه من غيره أم لا؟ فإذا لم يجز فهل يكلف نقضها بانيها أم لا؟ وإذا لم يُعرف بانيها فهل تؤخذ الأجرة من نقضها إن لم يوجد من يحتسب أم لا؟ وما يفعل بنقضها؟ وهل يجب قطع ما غرس من الشجر فيها أم لا؟ وما الحكم في غلتها؟

فأجاب: لا يجوز التحجير في مقبرة المسلمين كانت للمحجر فيها مقابر

أم لا، ويمنع من ذلك ويلزم بهدم ما بناه وإن عظمتْ نفقته، وهو أشد ممن بنى في طريق المسلمين الواسعة، وهو غاصب لموضع الحائط إذ لم يحبس إلاّ للقبور وقد تضايقت الآن، وتجب التوبة على من فعل ذلك عمداً والأدب وسقوط الشهادة ومع توبته لا تزال التباعة عليه في الآخرة لما ترتب عليه من التضييق على الموتى ونبش قبورهم، فيتصدق ويفعل الخير رجاء أن يكون له كفارة، ويمنع من الغرس أيضاً وتقطع لأن فيها تضييقاً في المقبرة. وإن لم يوجد بانيها استؤجر لهدمها من بنائها أو من بيت المال على اختلاف العلماء في ما يشبه ذلك، ويوضع ما يفضل من ثمن النقض في قناطر المسلمين وطرقهم وآبارهم المحبّسة عليهم وشبه ذلك. ويمنع من فتح أبواب الدور وإحداثها على المقابر لصيرورة القبور طرقاً ومملوكة، وقد أفتى به أبو بكر بن عبد الرحمن. ويمنع من النزول للحرث عليها، ويوكّل بذلك من يحرسها. وكذا فعل في كثير من مدن المسلمين، أملاه ابن النعمة بجامع بلنسية سنة ست وثلاثين وخمسمائة [1141 م].

قلت: تقدم لابن سهل نحو هذا.

ووقعت مسألة بتونس وهو أن مقبرة تعرف **[48 ـ أ]** بمسجد سفيان صارت طرقاً لكونها مجاورة للعمارة، فعمد بعض من ينسب للصلاح وأقام حولها طابية حتى قطع تلك الطريق المحدثة، فغير عليه صاحب الأحباس أبو عبدالله الربعي مستنداً في تغييره لشيخنا الإمام وزعم أن بها طبقات في وسطها، فقطعت الطابية تلك الطريق وفيها منفعة لجميع المسلمين. وكان حقه أن يزيل من الطابية قدر الطريق القائمة بعد ثبوت ذلك وقدمه لا أكثر. وقد سمعت أنه أزال جميع ذلك ولكل أحد نيته وما قصد.

وسئل ابن أبي زيد عمن بنى مواجل للسبيل وحبس عليها مساقي في أرض بيضاء، فأراد ورثته أن يُجْعل عليها باب للحوطة عليها ليسقى منها من وقت إلى وقت لئلا يفسدها تدلي النساء الغزل فيها ونحوه؟ هل لأصحاب القرية أن يجعلوا أندر الزرع بقربها والزيتون وهو مضر بمائها أو يمنعون؟ وهل لهم أن

يجعلوا أرض تلك المواجل مقبرة أم لا؟ وهل لهم منع من يسقي منها من غير أهل ذلك البلد أم لا؟

فأجاب: لا ينبغي جعل الباب عليها ويمنع المفسد من إفساده من إنزال غزل ونحوه ويؤدب من عاد لذلك. ولو علم أنّ الحبس قاصر على المنزل فلهم منع غيرهم من الاستقاء فيها. وإذا كان أن خلي بين أهل المنزل وبين الماء أفسده وصار كأن زمن كثرة الماء لا ضرر عليهم فيه خلّي بينهم وبينه، ولو كان في وقت ضرورة طلب فلا بأس بالحوطة عليهم ويمنعون من إفساده.

قلت: أما كونه مخصوصاً بهم فلأنهم محصورون لا يدخل عليهم غيرهم إلاّ أن تدعو ضرورة إلى ذلك كرفع السفر في البلد أيام الشدائد ومنع المارة من الماء على ما في حريم البئر. وأما منع إفساده وقد سبق حوزه فهو بمنزلة ما ذكر في الرواية في الأندر إذا جاوزته الأشجار وآذتها وعفنتها فيمنعون من ذلك.

وأما ما ذكر من [48 ـ ب] أنه يبذل في زمن كثرته ويحتاط عليه في زمن حاجته فمعناه إذا صرف في مصرفه المعتاد على ما جرى به العرف في العصور الخالية. كما تقدم من فتوى أبي الحسن التونسي في ماء مواجل المساجد إذا عدم قصد المحبس كيف كان، نظراً إلى غالب عادة الناس الماضية في مواجل المساجد وما كان يفعل فيها في ما أدركه خلف عن سلف فيعمل فيها بذلك الأمر الذي كان يعمل في ما مضى، لأنهم لم يتواطؤوا على عمل إلاّ وهو قصد المحبس في غالب الحال.

وأما اختصاص المؤذن والإمام بشيء فلا، وهم وسائر الناس سواء. وما علمنا في عادة جرت قديماً تفضيل إمام أو مؤذن على غيرهما.

وأما شرف الغني منها فإنما جعلت للعطشان كان غنياً أو فقيراً. وكذا رأيتهم عندنا يفعلون.

وأما أخذ الغلال فلا أدري هل ذلك عن أصل كان عندهم، أو أمر أحدث؟ ومن منع الناس حقوقهم تعدياً من غير تأويل واختص هو بما منع غيره فلا ينبغي أن يصلى وراءه. والغالب في المواجل أنها تفتح في اشتداد الحر ووقت احتياج الناس إلى الماء.

قلت: كما يفعل اليوم في ماجل جامع الزيتونة وجامع القيروان ويبذلونه حينئذٍ. وظاهر جواب الشيخ أبي محمد فيه العكس. والغالب اليوم في مساجد تونس غير الجامع ومساجد القيروان أنهم يصرفون الماء في مصالح المساجد والقومة من الأيمة وغيرهم ويمنعونها الناس، ولعلها لعادة جرت عندهم أن الحبس كذلك، أو لضيق غلات الحبس صرف في هذا الوجه لضرورة عمارة المساجد، والله أعلم.

وأما من بنى سبيلا بعضه للحيوان غير الناطق، وبعضه للحيوان الناطق، وبني لكل صنف سبيل. فسئلت: هل يسوغ؟

فأجبت بأنه يجوز جري بعضها في بعض لأنه ما فعل إلا لوجه التحجير ما لم يؤد إلى ضيق ما فعل به أو تعذره لغيره ضرورة فيمنع حينئذٍ.

ويقع أيضاً في ميضاة المسجد أنهم ربما صرفوه لغير الطهارة من غسل ثياب أو نقل ماء لدور أو سقي حيوان ففي [49 ـ أ] الحواضر لا يجوز لأنه لم يحبس إلا للطهارة وفي القرى يختلف الحال فيها، فمنهم من يجعل بئر الميضاة محبساً على مصالح القرية من الاستقاء والطهر وغير ذلك، وربما جعل لبئرها بابان كما شهدناه في بعض القرى. ومنهم من يخصه بالطهارة فيعمل على ما جرى به العرف واستمر به العمل.

وكذا السبالات المحبسة في السبيل، فقد تكون خاصة للشفاه فلا يجوز أن يؤخذ منها للغسل والطهارة، وينظر في حمل القلال منها للدور للشفة؟ هل هو مباح لكونها حبست للشفة أو يمنع لأن القصد إنما هو في الموضع والسماح في ذلك يؤدي إلى تعطيلها في كثير من الأزمنة، وهذا هو الثواب عندي.

وأما ما جعل سبيلاً لهذا، وهذا من النقل والشرب فيجوز نقله إلى الدور لا سيما إذا جعل لذلك مكان معد لحمل القلال فيجوز الاستقاء منه مطلقاً كيف تيسر إذ هو قصد المحبس، وإنما جعل له جهتان للتسهيل على الواردين ما لم يقع الضيق على أصحاب الشفة في زمن الحاجة إلى الماء فتختص به حينئذٍ الشفاه. كما يقع في بعض السبابيل يكثر الوارد فيها في الصيف ويقع الازدحام

عليها فيمنع أصحاب الظروف لأنه يحمل حينئذٍ أكثر من حقه، ومن حضر أولى ممن غاب.

وقد تقدم للخمي أيضاً أن الاستقاء من المساجد ما لم يؤد إلى إهانتها. وسئل عن كثرة من يرد عليها ممن لا يتحفظ على الأواني التي يستقى بها وربما أضر بالمصلين لكثرة ترددهم، وربما شك في طهارة أيديهم لقلة تحفظهم، وأنه أجاب: يكون للماجل في الجامع أو المسجد دور، إلا أنه ممنوع لما فيه من الضرر، وهو الصواب. فسئل على أن للناس به حاجة لشرف الماء البارد في شدة الحر ولطبخ الفول وغسل الثياب وهو في الصحن. وأرادوا أيضاً أن يتخذوا مقصورة في سقائف الجامع التي تصلي فيها النساء، ولا تتصل صفوفهم بالرجال يوم الجمعة ويجعلوا حائطاً حاجزاً بينهن وبين الرجال فهل يسوغ ذلك؟ [49 ـ ب] أو هو إحداث في الحبس؟ وفي جامور صومعة الجامع مع شكل ديك من نحاس صنع منذ أربعين سنة هل يغير أم لا؟ وفي بيت للقناديل والزيت وآخر للخشب وآخر للقيم فجعل في ذلك قدراً كبيرة وقدراً للهريسة وربما طبخ في ذلك في النادر، فهل يترك أم لا؟ وكيف لو أراد القيّم أن يطبخ لنفسه هل يمكن من ذلك أم لا؟ لأن الدخان يضر بالجامع والناس. وهل يمنع النوم في الليل والقائلة في الجامع أم لا؟ وهل يؤم الإمام في الصحن وعلى رأسه ردة قدر ثلاثة أشبار؟ وخارج المسجد بيوت محبسة يكريها قيم الجامع لنفسه وداخلها بجنب رجل فأراد أن يكريه ويفتح باباً في داره فهل يجوز أو يرد على حاله؟ وعادة الناس جعل أقدامهم بين الحائط القبلي وحصره المضروبة فهل يسوغ؟ وربما قلعت المسامير وتقطعت الحصر وهل يسوغ أن يعمل رفوف بمسامير في حائط القبلة كذلك أم لا؟

فأجاب: المساجد ترفع أن يعمل فيها الأشياء التي تخرج إلى الابتذال لقوله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ﴾[1] وإذا صارت الحاجة إلى الماجل تؤدي إلى إهانته وإلى غير ما حبس له فلا يمكّن الناس منه لأجل ما ذكرت. وإذا كان

---

(1) سورة النور، الآية: 36.

الموضع الذي تصلي فيه النساء للرجال إليه حاجة ولو لم يسبق إليه النساء لصلى فيه الرجال فلا يبنى، ويمنع النساء من الإتيان، والرجال أحق به. ولو لم يكن ضرورة ولا ضيق فبناء حائط بينهم حسن. ويزال التمثال مما ذكرت أو صورته حتى لا يبقى رسم تمثال. ويغير ما فعله القيم، ويمنع من الوقيد فيه لقول رسول الله ﷺ: «إنما بنيت المساجد لذكر الله» أو كما قال. واختلف الناس في النوم في المسجد وعدم فعله أولى، وإن فعل فأرجو أن لا يكون عليه شيء، وقد فعله علي بن أبي طالب وابن عمر رضي الله عنهما.

وسئل عنه ابن أبي زيد وقال: ربما لم يجدوا من مآويهم فيأتون في زمن الثمار ويقدون فيه الحطب ونحوه [50 ـ أ] وذلك في ليلة واحدة. فقال إذا لم يكن لهم إلا إيواء فلا بأس بمبيتهم في مساجد البادية ويعافون المسجد من الدخان والأذى.

وتكلم السبتي في مسجد الخيف وما يفعل فيه من تشريح اللحم وكثرته وأن ذلك من الحوادث ويمنع، انظر في مناسكه.

قال اللخمي: واتخاذ الرداء للإمام أفضل، وإذا أحضر نيته لم يبال بالحر ولا بضده. وإذا كان القلب لاهياً ضاق من الحر وغيره، ولو تمثل الإنسان أنه بين يدي الله تعالى ويرجو بتحمل ذلك رفع حرّ غدٍ لم يجد له ألماً. ولا يجوز تغيير الحبس عن الصفة التي هو عليها لئلا يلحق بغير الحبس بعد اليوم. وجعل الأقراق في القبلة ليس بحسن وقبيح، وكونها في غير ذلك الموضع وخلف المصلين يؤدي إلى شغل القلب، وقد لا يهتدي لصلاته، ولا أحب الكلام فيه بشيء.

وسئل عنه عبد الحميد وزاد في السؤال: إذا كان في الجامع زيت لا يوقد فيه فهل للإمام أن يعطيه لمن يقوم به وهو فقير أم لا؟

فأجاب: إذا كان البناء يستر النساء لا يكون على الجامع منه أذى ولا على المصلين ضرر فعل ذلك على قدر الاجتهاد، فيجتمع جماعة من أهل الديانة ويجتهد فيه بحسب الطاقة. وما أحدثه متولي الجامع مما يضر به، وما ذكرت

عن قدر الهريسة وغيرها ففيه الدخان وهو يضر بالجامع والناس وهو كثير فيمنع منه، ويخرج من الجامع من يؤذيه. وما حبس لوقيد الجامع كيف يعطى من يأكله والحبس لا يغير عما أوقف عليه! وما ذكرت من الماجل يجب صرفه على قدر ما أوقف عليه ولا يغير. وما أصاب الثوب أو الجسم من مائه ولم يغير بنجاسة فلا ينجس، وما أضيف إليها من غيرها فما غير أحد أوصافه الثلاثة فلا يتوضأ به، على خلاف في الرائحة، ولا ينجس ما أصابه.

ابن الحاج: سئل الحسن عن الماء يتصدق به في المسجد هل يشرب؟

فقال: شرب أبو بكر وعمر من سقايته.

وسئل ابن أبي زيد عمن تعدى على مسجد فهدمه.

فأجاب: يجب أن يعيده كما كان أو أحسن، وإن هدمه يرجو معونة الناس [50 ـ ب] فلم يجد أو وجد البعض وجب عليه تمامه ورده كما كان.

قلت: فعلى هذا من حفر أرض حبس وأخذ ترابها يجب ردها كما كانت، ولا يقال تلزمه القيمة إذ لا يجوز بيع تراب الحبس، وانظر ما تقدم من كلام ابن رشد.

وسئل عمن تركوا مسجدهم مطرحاً مهدوماً هل يجبرون على بنائه من أموالهم؟

فأجاب: أما تركهم إياه مهدوماً مع قدرتهم على البناء ولا غرض لهم فيه آثمون ولا يقضى عليهم بعمارته.

قلت: وهذا بين على القول بأن الجماعة سنة، وأما على القول بفريضتها أو من السنن التي يقاتلون على عدم إظهارها، أو يكون جامع الجمعة، فيجبرون على ذلك. وقد مر لابن رشد وغيره التنبيه على نحوه. وذكر لنا أن الشيخ الصالح أبا محمد عبد الهادي المشهور كان يقول: ثلاثة تضمن ثلاثة: المسجد واليتيم والحيوان البهيمي. فالأول: تضييع البلد فيها يكون بتضييع المسجد وحفظه يؤذن بحفظها. واليتيم في عيلة الرجل إن حفظوه حفظت العيلة وإن

ضيعوه ضاعت العيلة. والرابطة متى ضيع أهلها الحيوان تلاشى أمرها ومتى قاموا بالبهائم حفظت الرابطة. وكان الشيخ المذكور يتولى حل البهائم وقيودها ورباطاتها بنفسه على ما بلغني أيضاً. ولذلك أكثر زواياه بإفريقية لم تزل قائمة.

وسئل القابسي عن حصن حبست عليه أرض تنبت الحلفاء تباع كل عام بثلاثة دنانير وأكثر وأقل، فعمد أهل المنزل فطلقوا فيها النار وزرعوها على أن يعطوا للحصن ربع الزرع ويسقوا بمائه. وضيقوا على أهل الحصن حتى ألصقوا الزرع به حتى منعوا بهائم الحصن من الرعي. فقال لهم أهل الحصن: اجعلوا الحائط لزرعكم لئلا يضره بهائمنا، فامتنعوا من ذلك وقالوا: احتاطوا أنتم عليها، وهم إن أبعدوها خافوا عليها من اللصوص، فهل لهم سقي ماء الحصن والحوطة على أهل المواشي أم لا؟ وقد ضاق أهل الحصن في منعهم ماءهم ورعي مواشيهم.

فأجاب إن: [51 ـ أ] كان المقصود بتحبيس هذه الأرض إنما للحلفاء فلا ينبغي تغييرها، ومن أحرق حلفاء غرم قيمتها، على أن تؤخذ في أوقاتها في استكمال نبتها وما تسوى يوم الاعتداء عليها. وإن نبتت لبعد الأرض عن الزراعة وتبورت لذلك فحرقها للزراعة صالح إن كان قبل استكمالها ولا غرم فيها، وعلى الزارع في الوجهين قيمة كراء الزرع ذهباً أو فضة. فإن لم تعرف قيمتها بالعين أو لم يوجد من يقومها به نظر كم يكون كراؤها... [1] إن كان أكثر مما التزم الزارع فتلزم مكيلة الأكثر، وينظر ثمنها عيناً ويعطى ويبقى الطعام لزارعه. روي هذا عن عيسى بن مسكين ولم ير عليه منكر فيه. وأما استقصاؤهم بالحرث إلى الحصن، فلا بد لأهل الحصن من تكسب الحرث ولا ينبغي كراء الحرث إلا ما فضل عن حرث سكان القصر لكونه مرتفقاً لحقوقهم. وليس لهم إضرار القصر وليس لهم شرب ماء الحصن ويمنعونه عليهم إذ لا يشرب ماء مواجل الحصون إلا المرابطون بها. ومن جاء مسترقاً تاجراً فليس له ماء الحصن ولا... [2] ولا من مرافقه نصيب.

---

(1) كلمتان غير مقروءتين بالأصول.

(2) بياض بمقدار كلمتين بالأصول.

قلت: فعلى هذا لا يجوز شرب ماء ماجل محرس صفاقس الذي خلف نقطة. ورأيت الحجاج حين نزلوا به امتنعوا من مائه ونحن مسافرون لفريضة الحج، إلا أن يقال إن المارة بخلاف غيرهم لأنه على الطريق. ولما رجعت إليه في قفولنا استقينا من ماء بئر به خارج عنه.

وسئل القابسي عن دِمْنةٍ ببعض نواحي مدينة يسكنها أصحاء يتوارثون فيها ويتبايعون أملاكها، وببعض هذه الدمنة موضع يسمى الأحباس يسكنه أهل الضرر. فربما بنى من به ضرر بيتاً بهذا الموضع ويموت ويترك أولاداً أصحاء فيقول أهل الضرر اخرجوا عنا فإنما هو للأضِرّاء دون غيرهم، ولا يدرى كيف كان أصله، غير أنه يسمى بالأحباس، وفيها ما يسكنه الأصحاء أو ابتنى بقربه فهل يثبت تحبيس هذا الموضع بهذا الاسم أم لا؟ وهل يورث ما بناه الآخر عنهم من ولد [51 ـ ب] ذكر أو أنثى صحيح أم لا؟ وإذا لم يورث فما الحكم في نقض ما بني منه؟ هل يورث عنه نقضاً أو قيمته صحيحاً أو يكون حبساً؟

فأجاب: هذه البقعة المسماة بهذا الاسم كان القصد بها الأَضِرَّاء بالجذام إذا كثروا ليكونوا بناحية عن الناس لئلا يضروا بالناس فهم أحق بها. وما كان من وقف فإليهم يقصد وهذا كان باجتهاد والٍ يتقدم، والعلماء أمروا بذلك للتعليل المتقدم. فإن سكن الأصحاء فباختيار منهم عما فضل عنهم ولهم فيه منفعة ولعل لهذا سمحوا لهم في السكنى. فالقاعة حبس والبناء باق لبانيه يورث عنه ضريراً كان أو صحيحاً. فالسكنى حقيقة للأضراء أو الأصحاء على ما مر. فإن وقع التضايق فالأضراء أحق ويأخذ من بنى نقضه أو قيمته ويملك النقض معطي قيمته أو محبسة كالقاعة. وإن أخذ نقضه أحيل للأضراء في ما يسكنون فيه على جري عادة حكام المسلمين المتقدمين إن عرفت، وإلا فالاجتهاد في الوقت ما عرَّفْتُك به عندي.

قلت: هذه ـ والله أعلم ـ هيَ البقعة بالقيروان تسمى الدمنة ويسمى مسجدها مسجد الدمنة ومسجد السبت. والمسجد مشهور باجتماع صلحاء

القيروان به في كل يوم سبت للتغبير[1] به والذكر. ومنهم من يقصده للصدقة ومداواة الأضراء كهاشم بن مسروق وغيره من صلحاء القيروان. وأحفظ عن ابن شرف في كتابه «الذيل على ابن الرقيق» أن هذا كان ربضاً معروفاً بالمبتلين يسكنه أهل العاهات وبه ماجل يسمى الآن ماجل المجذومين بعد خراب القيروان. قال: ثم كثر الناس فيه وعماراتهم حتى سكنه أهل الدنيا لكونه مسرحاً لا يؤدي ظلماً لكل ما دخل إليه. وعظم ذلك الربض كثيراً. فلما كان زمن فتنة العرب[2] فهو أول ما خرب لكونهم خارجاً عن البلد. وهو اليوم بقرب تربة أبي زمعة البلوي الصحابي. ولم يزل المسجد قائماً إلى الآن يُتبرّك به وبمن فيه من بعض القبور. وقد كنت تسببت في بناء ما تهدم منه لاعتقادي بركته [52 ـ أ] والله ينفعني بقصدي فيه وفي غيره، بِمنّهِ وكرمه.

وسئل ابن أبي زيد: عمن حبس فرسه على نفسه للغزْو به أو غيره كذلك، هل ينتفع بذلك أم لا؟

فأجاب: تحبيسه على نفسه ضعيف إلا أن يحبّسه في السبيل فيعيده ليغزو هو أو غيره به فيمضي إن أخرجه ورده إليه، وإن لم يخرجه عن يده ولا غزا به حتى مات بطل حبسه.

قلت: كذا قال فيها: من حبس في صحته أو تصدق به على المساكين من حائط أو دار أو شيء له غلة فكان يكريه ويفرق غلته كل عام على المساكين ولم يخرجه من يده حتى مات لم يجز ذلك، لأنها غير وصية إلا أن يخرج ذلك من يده قبل موته، أو أفضى في مرضه لغير وارث فينفذ من ثلثه. ولا يجوز من فعل الصحيح إلا ما قبض وحيز قبل أن يموت أو يفلس.

وكذلك إن وهب أو تصدق على من يحوز لنفسه من وارث أو غيره فلم يقبض ذلك المعطى حتى مرض المعطي لم يكن للمعطى قبضها الآن وكانت إن مات مال وارث. وكذا الحبس والعمرى والعطايا والنِّحَلِ.

(1) التغبير: إثارة العبرة والبكاء بواسطة مجالس الذكر والقراءة.

(2) أي أعراب بني هلال في زحفتهم على إفريقية خلال القرن الخامس الهجري.

اللخمي: الحبس يفتقر لحوز كالهبات، فإن بقي بيد المحبس ينتفع به أو لا ينتفع به، أو أمكنه صرفه في ما حبس فيه أو عليه، حتى مات كان ميراثاً.

واختلف إذا لم يكن صرفه حتى مات، وهو أصناف: صنف لا يصح بقاؤه بيد المحبس عليه ولا يحتاج لحوز مخصوص كالمساجد والقناطر والمواجل والآبار، فإذا خُليَ بين الناس وبينها صح الحبس. وصنف لا يصح بقاؤه بيد المحبس ويتعين حوزه هو الحبس على معين إذا كان كالخيل يغزى عليها والسلاح يقاتل بها والكتب يقرأ فيها، فإذا لم يكن الحبس على معين صح أن يعود إلى يده بعد قبضه ويختلف إذا لم يأت وقت إنفاق الجهاد أو لم يطلب الآخر للقراءة حتى مات المحبس، هل يبطل الحبس أم لا؟ ولو ركب الدابة بعد عودها إليه ليريضها لم يفسد حبسه، وإن كان يركبها حسبما يفعل المالك [52 ـ ب] بطل حبسه، وقراءة الكتب إذا عادت إليه خفيف، وإن أنفذ بعضها صح ما أنفذ وإن قل وهو كحوز الكبير اليسير من صدقة الأب. وصنف يختلف فيه هل يصح بقاؤه بيد المحبس عليه وهو كل حبس على غير معين والمراد غلاته كالثمار والحوانيت وعبيد الخراج، وهو على أربعة أوجه: فإن أخرجه عن يده وأقام بحوزه وأنفذ غلته صح، وإن بقي في يديه ولم يدر هل أنفذ غلاته بطل. واختلف إذا علم أنه كان ينفذ الغلة في الوجه الذي حبسه له أو كان جعله على يدي غيره وكان هو المخرج لغلاته، هل يمضي؟ فقال مالك وابن القاسم يبطل الحبس، وعن مالك والمغيرة ومحمد بن مسلمة في المبسوط: له الصدقة ماضية، وإن بقي في يديه إذا كان يخرج الغلة.

وفي الموازية عن مالك إذا سلم ذلك إلى من يحوزه عنه المحبس بقسم غلّاته بين أهله جاز، وأباه ابن القاسم وأشهب. وإمضاؤه في الوجهين أحسن لأنه حبسه ولم يعد فيه ولا انتفع به.

قلت: قوله ويختلف إذا لم يأت وقت إنفاق إلى آخره، يشير إلى مسألة إذا حبس أرضاً غائبة أو قبل إبان الحرث فمات قبل إمكان ذلك. ففي المدونة فيها اضطراب في الجواب.

وقوله فيها: وإن أخرج بعضه وبقي بعضه إلى آخره، فظاهره وإن أخرج الأقل وبقي الأكثر، وعورض بما في آخر رهونها من التحبيس على ولد وبقي يسكن الأكثر يبطل الجميع. وأجيب بالفرق بين الحوز بالحكم أو بالفعل كما أشار إليه اللخمي. وأظن أني رأيت لابن رشد في شرحه أنه ساوى بينهما وخرج الخلاف بينهما.

ووقعت بالقيروان مسألة وهي أن رجلاً حبس ربعاً على ولده الصغير وحاز عليه فكبر الولد وتزوج وأدخله أبوه في بيت من دار من الربع المحبس وتوفي المحبس وبقي الربع في يد الولد بعد موت أبيه إلى أن توفي فوجد في تركته هذا الرسم فمضى الحبس في البيت خاصة دون غيره بفتيا شيخنا أبي القاسم الغبريني [53 ـ أ] رحمه الله وسمعت أن البيت بيع مع بقية الدار لما أثبتوا من الضرر في بقائه في الدار المذكورة حبساً، وأظن أنه عوض به. وفي البيع نظر، لأنه من مالك الربع وليس كالأجنبي إلا أن يقال إنه لم يقصد محبسة بانفراده فلهذا وجه.

وقول اللخمي: إن أخرجه من يده وأقام بحوزه وإنفاذ غلاته صح، ظاهره ولو كان يستشير المحبس في بعض ما يعرض للحبس من عقود أكرية أو زيادة أو نقص في من حبس عليهم، لأن الحوز والمصرف بيد المقدم وهو كذلك. ونقل ابن عبد السلام في شرحه أنه ليس له عزله من النظر إذ ليس بنائب عنه وإنما هو حبس قبض بشرط نظر شخص معين فيوفى له به، فإن لم يقدّم أحدٌ بيّنةً قدّم القاضي ناظراً عليه.

قلت: فعلى هذا لا يصح عزله إلا بموجب عند القاضي فيقدم القاضي حينئذٍ غيره لا الواقف. وهذا رأي بعض أصحابنا. وكان شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ يقدم ويعزل حتى في مرضه، ولعله رأى نظره خيراً من نظر القاضي، وأن هذا هو الحكم عنده وأنه لا يفسد الحيازة. وعليه مسألة الاستشارة الآتية.

وقد نزلت في حبس شيخنا الفقيه الإمام ـ رحمه الله ـ: اعترض عليه بعض الجهلة بأن كون المقدم يشاوره في بعض الجزئيات أنه قدح في حبسه، وكان

ذلك في مرضه الذي توفي فيه، فأحضر القاضي وأثبت عنده رسم التحبيس على كماله بالحوز والصرف وأنه على يد غيره وحكم القاضي بذلك، وأشهد على نفسه بإمضاء الحكم ونفوذه فيه. ولعله أخذ ذلك مما حكاه ابن الحاج قال: من أراد أن يخرج في الحبس من الاختلاف أثبته عند قاضٍ يخبره ويقضي به، لأن العراقيين يرون أن القاضي إذا حكم بالمختلف فيه مضى.

قلت: ولقيت ببيت المقدس ـ شرفه الله ـ فقيهاً من الحنفية قلت له: إنكم تقولون لا يجوز التحبيس لأنه من معنى السائبة، واحتج مالك بأحباس السلف وما ورد [53 ـ ب] فيه من الآثار، فقال: مذهبنا أنه إذا وقع مضى ولم يرد.

وذكر شيخنا المذكور أن الواديآشي أتى برسم شهود محكوم به أنه حبس ربعاً على نفسه وعلى ولده من بعده على مذهب من يجيزه وأنفذ حكمه بذلك، وأنه أتى للشيخ ابن عبد السلام فقال: تمضيه وتشهد لي بذلك وتحكم بإنفاذه. فطلب ذلك المذهب فوجده صحيحاً فحكم له به. وهذا جار على أصل المذهب إذا حكم ذلك القاضي بما فيه اختلاف في مسائل الاجتهاد لا ينقضه من جاء بعده حسبما هو مذكور في أول الأقضية.

ابن الحاج: لا تصح حيازة الأملاك بالحبس إذا كانت ليست بمحدودة ولا موصوفة في عقد الحبس بغير شهود الأصل وهم قد بادوا كما ذكرت، فلا سبيل إلى نفوذ الحكم بالتحبيس. وقاله ابن رشد.

قلت: لأن بينة الحيازة قد لا تأتي على الموضع المحبس لجهله، لأن الشهادة على المجهول من شرطه أن يكون على عينه، كما حكاه شيخنا عن شيخه ابن عبد السلام أنه لا تجوز الشهادة على الخط إلاّ بحضوره، لأنه مجهول. وقول الشهود: ووقف على رسم كذا غير نافع.

وفيه: إذا عاوض الحاكم بدار للمسجد بدار ملاصقة وأدخلها في الجامع ثم قيم على أخذ دار الحبس على المعاوضة بعد أن أسكنها ثمانية أعوام، فهل تصح هذه المعاوضة أم لا؟ وهل يرجع على أخذ دار الحبس في المدة المذكورة؟

فقال: إذا حكم هذا الحاكم بهذه المعاوضة المذكورة لضرورة المصلين للزيادة في الجامع المذكور لما فيه من السداد وحسن النظر فهي نافذة في الدار، ويصير للمعاوض ملكاً ولا يلزم فيها كراء ولا غيره، والله أعلم.

قلت: تقدم من قول ابن سهل أنه إذا كان للجامع خراج مستفضل فلا يجوز إعطاء الربع في المعاوضة، لكن في هذه المسألة حكم القاضي رفع الخلاف.

وسئل القابسي عمن حبس كتباً وشرط في تحبيسه أنه لا يعطى الطالب إلاّ كتاباً بعد كتاب. فإذا احتاج الطالب إلى كتابين أو تكون كتباً من أنواع شتى فهل يُعطى [54 ـ أ] كتابين معاً أو لا يأخذ إلاّ كتاباً بعد كتابٍ؟

فأجاب: إذا كان الطالب مأموناً أمن من هذا، وإن كان غير معروف فلا يدفع إليه إلا كتاباً واحداً وإن كان من أنواع، خشية الوقوع في ضياع أكثر من واحد.

قلت: تقدم بعض أحكام شروط الحبس من كلام أبي عمران وغيره، وظاهره أنه لا يتعدى ما شرطه، لقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون عند شروطهم» وظاهر ما في هذا السؤال أنه يراعى قصد المحبس لا لفظه. ومنه ما جرى به العرف في بعض الكتب المحبسة على المدارس بشرط عدم خروجها من المدرسة. وجرت العادة في هذا الوقت بخروجها بحضرة المدرسين ورضاهم، وربما فعلوا ذلك في أنفسهم ولغيرهم، وهو ـ والله أعلم ـ مما أشار إليه هذا الشيخ مراعاة قصد المحبس لا لفظه.

ومثله ما فعلته أنا في مدرسة الشيخ التي بالقنطرة، غيرت بعض أماكنها مثل الميضات ورددتها بيتاً ونقلتها إلى محل البئر لانقطاع الساقية التي كانت تأتيها ورد العلوي المحبس على عقبه الذكور بيوتاً لسكنى الطلبة بعد إعطاء علوي من الحبس يقوم مقامه في المنفعة بموجب مذكور في محله، وكزيادة في رواتب الطلبة لما كثروا بها ويفضل شيء من خراجها بحيث لو كان المحبس حاضراً لارتضاه. وكان ذلك كله برضى الناظر في الحبس النظر التام كيف ظهر له الصواب بفعل حسبما ذلك مذكور في رسم التحبيس.

وعلى مراعاة لفظ المحبس في شرطه أفتى بعض أصحابنا في من بنى مدرسة وجعل فيها بيوتاً للسكنى وشرط في أصل تحبيسها إلا من يصلي الصلوات الخمس في مسجدها إن لم يكن إماماً في غيرها، وأن يحضر الحزب المرتب فيها لقراءة القرآن إن كان قارئاً، ويحضر الميعاد في وقته، ومن لم يفعل ذلك فليس له سكن.

فأجاب: بأن الشروط المذكورة يجب الوفاء بها ولا تجوز مخالفتها.

ومن هذا المعنى الدخول للمدارس لقضاء الحاجة بها والوضوء والشرب من مائها وهو لم يكن من أهلها ولا أعدت الميضاة والشرب إلا لأهلها ([54 ـ ب] فسألت شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ عنها.

فأجاب: إنه إن كان من جنس أهلها شاع له ذلك لأن الحبس لأهل ذلك الصنف وهو غير معين، فمتى وجد ذلك الصنف جرى حكمه على ما صح لأهلها، وإن كان من غير صنف الحبس فلا يجوز له ذلك.

وكذا عارية بيت السكنى من بعض أهل الحبس، فإن كان المستعير من أهل ذلك الحبس جاز وإلاّ لم يجز لوجهين: فقدان شرط التحبيس عادة والتصرف في المنفعة بالهبة وهو لم يؤذن له إلاّ في نفسه فقط.

ووقعت هذه المسألة في الديار المصرية فسئلت عن المسألة فأجبت بمنع عاريتها. ثم إني فعلت ذلك استعرت بيتاً في مدرسة شيخون وأخرى في الناصرية، فتُعُقّبَ ذلك من فعلي على ما ذكرت، فأجبت بما قال شيخنا فسلم لي ذلك.

وتقدم للخمي في مسائل الضرر عن مسجد في بادية في جواره نخلة لرجل مال قلبها على سطح المسجد، وذكر أهل المسجد أنه لا يقدر صاحبها أن يجذّ ثمرتها إلاّ بعد أن يرتقي إلى سطح المسجد، وذكروا أن الموضع الذي تحت قلب النخلة إذا كان المطر يكثر القطر فيه لضرر المطر من جرائدها، هل يلزم قطع النخلة؟

فأجاب: إذا كان المطر يصل إلى المسجد بسبب النخلة كان على صاحبها قطعها إلاّ أن يكون إصلاحه السقف يرفع ذلك فلا يقطع إذا صلح ذلك إصلاحاً يرفع الضرر.

قلت: لعل هذا أن النخلة سبقت المسجد وإلاّ يجب قطعها مطلقاً لضررها الحبس.

وتقدم أيضاً أن المسجد إذا كان تحت قصر وكان المحاربون إذا تعلقوا به لحقوا القصر يهدم ذلك الجانب الذي يتوصلون به، فإذا أمنوا أعادوه.

وتقدم أيضاً لابن رشد سئل عن صومعة أحدثت فاشتكى جيرانها التكشف منها. وقد أباح العلماء الصعود للشجرة لإجنائها مع الإنذار بالطلوع، وأوقات الأذان معلومة في مدة قصيرة ويتولاه غالباً أهل الصلاة وعدم قصد الضرر.

فأجاب: ليس طلوع الفجر للإجناء كالصومعة لندوره وتكرر الأذان في اليوم الواحد. وفي سماع أشهب: المنع من الصعود فيها، والمعنى فيها صحيح وإن كان يطّلع على الدور [55 ـ أ] من بعض نواحيها فيمنع من الوصول لتلك الجهة بحائز بنيانها وغيرها جائز. وهذا كثير عندنا بقرطبة.

قلت: ويقع عندنا في الحواضر إذا أراد أن يعلوَ على السطح للبناء فيه فهو كإجناء الثمرة ويستأذن، وكذا جرى العرف فيها.

وسئل الصائغ: عن مسجد له أنقاض خشب وجبس وجير وزيت لاستصباحه وربما فضل منه شيء يصرف للحصر، فهل يجوز لمن يحتاج إلى سلف شيء من ذلك أن يسلفه على يدي الرجل بقياس معلوم وكيْل معلوم أو لا يجوز؟

فأجاب: بأن ينظر لما هو الأحسن بالمسجد فيفعل.

قلت: هذا خلاف ما تقدم للسيوري في مسألة العمود وما خرب من المساجد أو خربت القرية أنه لا يرجع بشيء من أجزاء المسجد لغيره من العمران. وهو أولى بما فيه لأن العمران يرجى ولم يبح التصرف فيه بحال.

وعلى الأول ما جرى عليه العرف في هذا الزمان يضعون مال الحبس عند أرباب الأموال يتصرفون فيه بالتجارة لأنفسهم، فهو عندهم على معنى السلف ويعرف ذلك القضاة وأولو العلم ويسلمون ذلك. ونحفظ لابن سهل في ذلك خلافاً وكونه في ذمة خير من أمانة، أو لا يجوز لأنه سلف جرّ منفعة فانظره في نوازله.

وسئل ابن أبي زيد: عمن له باب وهَى يدخل لداره من المسجد فأراد أهله أن يبيعوه ويشتروا له باباً جديداً أو يرتفقون بثمن الأول.

فقال: إن كان وَهَى وهاءً بيّناً فلا بأس ببيعه ويزاد على ثمنه ويُشترى له باب آخر.

وسئل أبو بكر بن عبد الرحمن: عن زَمِن سكن حصناً وبيده مال يشتري به سلعاً يضعها في بيته يرجو فيها الأرباح ويبيعها في وقت سوقها ثم يشتري كذلك أبداً ولكن يحصل له ما يقيم به أمره وهو في الحصن له منفعة لا ضرر عليه فيه، بل هو من أهل الدين والفضل، هل يجوز له هذا الفعل أم لا؟

فأجاب: إن من كان زَمِنا فلا حق له في الحصن لأنه إنما [55 ـ ب] يسكن الحصون من فيه القوة على الحرس والعسس والخروج عند وقوع النفير إلاّ أن يكون للفاضل الذي لا يستغنى عنه ومن يعلم الناس القرآن، فمثل هذا إذا أصابته زمانة لم يحول عن موضعه. وأما حرف التجارات فليس من شأن المرابطين.

وسئل الإمام المازري ـ رحمه الله ـ وقد تكررت في كتاب الصلاة، عن مخازن بالقصر الكبير من المنستير مملوءة قمحاً وشعيراً لرجال مقيمين بالقصر ولآخرين غياب، وعن زوار يغلقون مخازنهم ويخرجون فيقيمون شهرين ونحوهما، وعمن ليس له بيت في القصر ويأخذ من المعروف مثل من له بيت في القصر وهو يبيت خارجه، وعن قوم من المرابطين بأيديهم من الأرض أكثر مما بيد غيرهم، وعن قوم غرسوا غراسة في أرض المنستير، ما الحكم فيها؟ هل هو من حق الغارس ولا يخرج من يده ما غرس في حياته وبعد وفاته؟ وهل يكون للناظر في ذلك إخراجها عن يده في حال دون حال أو لا يكون له ذلك؟ وهل يورث عنه من الغرس ما غرس؟

فأجاب رضي الله عنه: هذه المسألة لها أصل ترد إليه سائر فروعها، وعليه كان يبني ـ شيخنا رحمه الله ـ وغيره جميع ما يسئل عنه من أمثال هذه المسائل. وكان ـ رحمه الله ـ عنيا بأخبار المنستير وأحكامه. وشافه فيها أيمة جلة. فنحن نبنى الجواب في هذه المسألة على طريقته إن شاء الله تعالى.

فأما الخزن ببيوت قصر المرابطين واتخاذ ذلك المخزن فيه سلع التجارات فإن هذا ممنوع لأن الموضع محبس ممن بناه على من يأتي بعده، والأحباس أصلها أموال المحبسين لا لتكون مخازن للتجارات ومواضع للإدارات. فمن لم يكن بالمكان فلا تحل استباحتها إلا على الصفة التي أباحوها وبنوا ما حبسوه عليها. ومعلوم أنهم لم يحبسوا ذلك سكناً وقراراً، فإن كان له بيت فإن بيت سكانه لا يمنع من الخزن فيه مقدار قوته، وأما الزيادة عليه مما يدخل للأرباح ويقره في بيت [56 ـ أ] سكناه فإن كان مما تمسه الحاجة إليه يستعين بربحه على نفقته وقوته ولا يستعين على سكنى المكان ولا يمكنه القرار إلا بمثل هذا المقدار فإنه يباح له اختزان كل هذا المقدار، ولو أراد أن يختزن مثل هذا المقدار في بيت غير بيته لكون بيته يضيق على اختزان مثل هذا الذي لا بد منه فإنه يسامح بذلك إذا اختزن ذلك في بيت غير محتاج إليه ولا يضر به ما يختزن فيه إذا دعت الضرورة إليه لضيق مسكنه كأنه بعض بيته وكأنه اختار بيتاً واسعاً للسكنى ويختزن مثل هذا القدر إلاّ أن يَرِدَ من يحتاج ذلك البيت ولا مصرف له عنه وتكون منفعته في القصر وحراسته كهيئة هذا. فإن هذا القادم مقدم على حق هذا في البيت الآخر إذا أمكن الأول القرار والسكنى مع اقتصاره على بيته. وأما ما زاد على مقدار الحاجة وما يُستعان به على الكفاية فيمنع من اختزانه في بيته وغير بيته جملة؛ الساكن والزائر والحاضر والغائب، لأنه لم يحبس على مثل هذا.

وأما الذين يتخذون القصر مسكناً بالنهار ويطرقونه في بعض ساعات النهار لإخراج حاجة منه إلى أهله وإدخالها فيه، وهذا هو القصد، ويبيتون خارجاً عنه ويخلونه من الحراسة بالليل التي الحراسة فيه أشد من النهار، فإنهم يُمنعون من ذلك ويسامحون في المبيت عند أهليهم في بعض الليالي بمقدار

حاجة الرجل إلى أهله وعند مرض يصيبه فيحتاج فيه إلى تعليل النساء، وهن جرت العادة لا يدخلن القصر، وما سوى ذلك يُمنعن منه. فإن اختار السكنى على الشروط التي حبس عليها باني القصر ما بناه وهو الرباط فيه والحراسة وإلاّ أخرجوا منه، ولا يعول في هذا على الحراسة التي هي بأركان القصر الأربعة يتناوبون الحراسة، وتبقى المساكن خالية. فإن طرقَ المكان طارق بالليل لم يجد من العمارة ما يكفي في الدفاع عنه فلينظر في هذا كما نبهنا عنه فإنه من المهمات فيه لا [56 ـ ب] سيما في زمن يشتد فيه الخوف على الثغور.

وأما السؤال الثالث فهو من أصعب ما يتكلم عليه المفتي ويقضي به القوم.

قلت: لأنهم طالت الأزمان بهم وهم فيه على غير المنهج الذي يقتضيه الفقه. ولو كان قديماً مضيتُ أنا وصاحبنا ابن علي حسان ـ رحمه الله ـ بأمر السلطان وقدره وقررنا مع الشيخ أبي حفص ـ رحمه الله ـ فيها وجه الفقه عندنا لكن لم يلبث إلاّ قليلاً وقد انحل عقده. والله حسيب من قدر على منكر يغيّره في ذلك المكان فلم يفعله، وحسيب من استعان فيه عن الخروج عن معالم الشرع التي أمر بها الأيمة. وأقرب طريق يُسلك فيه إلى الحق في هذا الزمان في هذه الجنّات المُحدثة التي لم نكن نعرفها في زمن أيمتنا رحمهم الله، ومشاهير العُبّاد الذين كانوا في المكان، أن يُنظر في جميع الغروس منها فما ثبت أنه من جملة بناء القصور المحبّسة أو أجنّتها إذا ما بنى الباني ما حُبِّس على الارتفاق بها والانتفاع لم يكن حبسه، فإنه يُعطى لكل ساكن من المرابطين الذين سكنوا على الوجه الجائز ويقصد الرباط بمقدار ما يقوم منه أَوَدهُ ويستعين به على كفايته وكفاية أهله. ولا يمكن أحد من أخذ ذلك من يده إذا سبق إليه بوجه جائز. وإن لم يكن ذلك في يد أحد أُعطي للأفقر فالأفقر، وقُدِّم الأنْفع في المكان على مَن دونه. وإن استوى رجلان ورجل في هذه الصفة أُقْرِع بينهم في ذلك، وما زاد على مقدار ما تمسّ الفقير الحاجة إليه فإنه لا يمكّن أن يتملكه ينفرد به دون سائر الناس. ولذلك حكم ببيع الغرس إذا كان في يد غني لا يحتاج إليه في المعونة على سكنى ولا يزعجه عنها أخذه من يده فإنه لا يُمكّن من انفراده به.

وقد شك سحنون ـ رضي الله عنه ـ في أرض إفريقية فأداه الورع إلى أن جعل لنفسه مساقياً في زيتونه، فكان يكتسب منه بمقدار ما يستحقه من العمل والخدمة. وكان إمامنا ـ رحمه [57 ـ أ] الله ـ يقف عن الجواب في أرض المنستير ومحرثها لأجل هذا الذي أشار إليه سحنون ـ رحمه الله ـ ولأجل غير ذلك من المعلال.

فإذا جرى الأمر على أن يسلَّم الفقير بقدر كفايته على حسب ما اشترطناه فيه فإن الزائد على ما أبقيناه للفقير، وكل ما في يد الغني من هذا على الوجه الذي وصفنا يُنظر فيه، فإن قُدِر على نزعه من يده وإعطائه إلى فقير لا شيء في يده ممن يقصد الرباط ويستعين بما يعطى عليه ولا يمكنه السكنى والقرار إلاّ بما يُعطى من هذا فإنه يسلم ذلك إليه من الفقراء الذين وصفنا يضيعونه ولا يحسنون في خدمة الغرس ما يحسنه من هو في يديه فإنه يساقي من هو في يديه أو من غيره إن أمكن على حسب الاجتهاد، ويصرف في جزء المساقاة إلى الفقراء الذين وصفناهم ويحل محل تسليم الغرس إليهم كما قلنا، بل هو أنفع لهم إذا كان الأوفى في الغلة أن يعمله من هو بيده وهو أنفع للفقراء. وهذا إذا لم يقدر على إزالة الغرس ورد الأرض إلى ما هو أنفع للمسلمين على نحو ما حبس عليه من وقفها في محترثهم ومحتطبهم، أو يكون الاجتهاد يقتضي إبقاء الغرس على ما هو عليه وطرق الاجتهاد في هذا تسيغ.

هكذا ينبغي أن يُسلك في قسمة هذه الجنات بين المرابطين، فمن عمل بهذا أو أعان عليه فإنه قد تقرب إلى الله تعالى بقربة شريفة، ووفى في الفضل إلى ذروة منيعة. ومن لم يسلك نهج الحق في هذا فالله حسيبه وساكن من الحركة بآثار من انقرض فيه ممن استقرت كراماتهم واتّضحت ولاياتهم. فالواجب أن يكون الأجر في تحسين، وكذلك يتضاعف العذاب في انتهاك حرمته، والله يعلم المفسد من المصلح، ومن طلب رضى الناس بما يُسخط الله سبحانه فإن الله يسخطهم عليه فيكون خسر الدنيا والآخرة.

قلت: وإنما أشرتُ بهذه الكلمات لما رأيت من بقاء بعض المساكن قديماً

وحديثاً عن خرق عوائدهم الفاسدة. وقد ذمّ الله قوماً [57 ـ ب] احتجوا بأنهم وجدوا آباءهم على أمة وأنهم على آثارهم مقتدون. وقد حكى شيخنا الفقيه الإمام أبو محمد عبد الحميد الصائغ ـ رحمه الله ـ عن الشيخ أبي الحسن القابسي ـ رضي الله عنه ـ وناهيك به إماماً في الدين والعمل والعلم وناهيك بزمانه كان هرب من الفتيا في ذلك المكان ويقول: إنا لله وإنا إليه راجعون، إذا أفتينا هؤلاء القوم بموجب الفقه قالوا حكم الدار بخلاف هذا. وهذا إنما أوردته تأنيساً لمتولّي المكان ليقتدي بمن سلف وليحسن إليهم في تغيير المنكرات حتى يدرجهم عن الانتقال عما وقعوا فيه منها غلطاً منهم أو تأويلاً فاسداً، ولعل هذا الذي يضر بهم إن شاء الله. وربما كان الرفق في هذه الأمور والترويح على الحقائق برفق ولطف أولى من هجوم عليها يغلب على الظن أنه قد يقع في أغلظ مما أنكره، فالله سبحانه معين مَن قصد الحق وطلب رضاه بفضله.

وأما ميراث ما غرس فإنه ينظر فيه: فإن جرت عادة الغارسين أنهم يغرسون يتملكون الأرض والغرس فهذا غلط منهم لا يُقَرّون عليه رأساً، ويردون في حكم الأرض والغرس إلى ما قدمناه. ولكن من شح على ملكه في نفس الغرس نظر فيه كما ينظر في غرس من غرس بوجه شبهة أو تعدّياً. وإذا عرف من هذا ما يملك وما لا يملك فإنه إذا لم يملك الغرس لم يورث عنه، وإن وجب قلعه أو إعطاء قيمته فذلك من حق ورثته كما كان من حقه أن يورث عنه ما ثبت له من هذا أيام حياته ومات ولم يقض له به وعليه، وبالله التوفيق وهو حسبنا ونعم الوكيل.

قلت: دخلت رباط المنستير في حدود عام ستين سبعمائة [1359 م] فرأيته محفوظاً لا تدخله النساء، وكانت أحياء محفوظة، وكان عرب البلد لا يتعرضونه إلاّ بخير فكانوا بخير في دنياهم. ثم بعد ذلك جرت أمور على ما [58 ـ أ] سمعتُ من تعرُّض العرب للحبس في الدور وثمرات القصر ووقع الانتقاص منهم في المال والرجال وافتتن أهلها مع العرب حتى أدّى الأمر إلى تلاشي غرسها ورحل أهلها حتى صارت الآن لأمير المؤمنين نصره الله، فهي الآن على ما سمعتُ في خير وعافية. وعادة الله أن قصر الرباط لا يحتمل التخليط بوجه فمتى وقع فيه ذلك عوقبوا.

وأما بقية غرسها وبياضها فهم اليوم يملكونه ولا أدري هل توصلوا إليه بحق أو هو كما قال الإمام، فعلى هذا في أكل ثمار الموضع نظر إذ هو الحبس، إلاّ أن يكون جاء بقصد الرباط يستحقه من هذه الحيثية. وكذلك تملك رباع البلد الدائرة بالقصر غير المعروف بالحبس من هذا المعنى، إذ ظاهر كلامه أن هذا القصر وما معه من القصور وجميع ما حوله من الأراضي مما ينسب إلى المنستير الذي يسمى الآن القرطين وهو جميع دخلة القصر منسوب إليه، والله أعلم.

وتقدم أنه لا يجوز إعطاء الأرض المحبسة مغارسة لأنه يؤدي إلى بيع بعضها، فإن نزل وفات وكان للمسجد غلة أعطي منها حتى يخلص الغرس والأرض للمسجد حبساً. وإن لم تكن له غلة قُوِّم الغرس على حِدة والأرض كذلك بغير غرس واشتركا في ذلك على القيم، ولا يجبر صاحب الغرس في إعطاء قيمة الأرض. وتقدم قول سحنون إن له أن يعطي قيمة الأرض يجعل في أرض أخرى تكون حبساً في السبيل كما كانت الأولى، ولو كانت استعملت فيها رواية أبي الفرج في جواز بيع الربع إذا خرب لقيل: إنّ إعطاء الأرض المحبّسة إذا كانت مفتقرة ولم يكن منها شيء جائز.

وسئل الصائغ: عمن حبّس على ولده الصغير قاعة مرحاض بيْتٍ يجمع فيها العذرة ثم توفي الأب ورشد الولد هل يصح الحبس أم لا؟ وهل تكون فيه الشفعة أو لا؟.

فأجاب [58 ـ ب] إذا تم الحبس والصدقة بالقبض للأب والحيازة مضى ذلك للابن وإن لم يحزْ الأب حتى مات بطل الحبس وصارت ملكاً وتجب فيه الشفعة. هذا الأظهر في مسألتك.

قلت: يريد بحيازة الأب وقبضه شهادة فقط ولا يفتقر أن يقول رفع يد الملك ووضع يد الحوز. وجهل بعض الموثقين فيه لظاهر المدونة وما حكاه من قول عثمان فيعلق بها ويشهد فيحوز، وأن وليه الأب والإعلان ليس بشرط. كذا قيدناه عن شيوخنا. ابن رشد وهو قول ابن القاسم ولا يفتقر لقوله: حزتُ ذلك

له، كما يفعله بعض جهلة الموثقين. قال شيخنا الإمام: وفي الوثاق المجموعة عن ابن حبيب هو قول ابن القاسم. وفي شرح ابن عبد السلام: لا بد أن يقول رفع عنه يد الملك ووضع عليه يد الحوز وإلاّ لم يكن حوزه حوزاً. وأظن أني سمعت من شيخنا أن ظاهر الروايات خلافه.

وسئل ابن رشد: من حبّس فرساً للجهاد، على من يكون علفه؟

فأجاب: لا يلزم المحبس علف إلاّ أن يشاء ويجبر المحبس عليه. فإن أبى من علفه رجع ملكاً للمحبس إن عيّن المحبس عليه ولم يبتله حبساً وإن بتله في السبيل أخذ من الذي دفع إليه وأبى أن يلزم علفه ودفع لغيره ممن يلتزم علفه ليجاهد عليه.

قلت: قال اللخمي الحبس في النفقة عليه على أقسام، فذكر منها الخيل فقال: لا تؤاجر في النفقة، فإن حبست في السبيل فمن بيت المال، فإن لم يكن بيعت واشتُرِيَ بالثمن ما لا يحتاج إلى نفقةٍ كالسلاح والدروع. وإن حبست على معيّن أَنْفَقَ عليها، فإن قبلها على ذلك وإلاّ فلا شيء له.

والعبيد على ثلاثة أوجه: فإن كانوا في السبيل ولهم صنعة تراد للسبيل فهم كالخيل يُنفق عليهم من بيت المال ويوقفون لتلك الصنعة. وإن كان المراد منهم الغلة أنفق عليهم منها وسواء [59 ـ أ] حبسوا للسبيل أو للفقراء أو على مجهول أو معين، فما فضل عنهم صرف في مصرفه.

واختلف في المخدِم هل نفقته على صاحبه أو المخدَم وهو أحسن لأنه منقطع إليه ليلاً ونهاراً، ولو خدمه بالنهار ويأوي لسيده بالليل فتكون نفقته عليه لكان وجهاً. وكذا لو حبس على معين ليخدمه فنفقته عليه، ولو كان تحبيسه أجلاً يخدم فيه العبد وينتفع فيه بالفرس فيجري على الخلاف في المخدم لأن المنفعة هنا باقية على ملك المحبس. وكذا ينبغي إذا لم يضرب أجلاً وقلنا إنه يرجع بعد الموت للمحبس ملكاً فهو كالمخدم.

ويختلف إذا حبس الفرس أو العبد على رجل بعينه فلم يقبله هل يضرب لغيره أو يرجع ملكاً لمحبسه أو لورثته إن كان وصية؟.

فعن مطرف في الواضحة: إذا رده لأجل نفقته رجع ميراثاً. وعن مالك: إذا قال: اعطوا فرسي لرجل سماه فلم يقبله وإن كان لينتفع به رجع ميراثاً.

ومثله إذا أوصى أن يحج عنه فلان وليس بضرورة. فعن ابن القاسم يرجع ميراثاً وهو على قول مطرف، وقال غيره: يدفع لغيره كقول مالك هنا.

وأما تحبيس البقر والإبل والغنم، فعن ابن المواز: إن كانت تقسم الغلة عليهم استؤجر عليها من غلتها وما فضل صرف في ما جعل له. وإن حبست على معين أسلمت إليهم وهم بالخيار بين أن يلوها بأنفسهم أو يستأجروا عليها.

وأما المساجد والقناطر فلا يلزم المحبس نفقة ولا إصلاح، وهي من بيت المال. فإن لم يكن ولم يوجد من يحتسب بقي حتى يهلك.

وأما الديار والفنادق والحوانيت فإصلاحها من غلاتها. وإن كانت الدار للسكنى فالخيار للمحبس عليه، إما أن يصلح أو يكرى ممن يصلح ثم يعود عليه. وأما البساتين [59 ـ ب] وحبسها في السبيل أو الفقراء أو عقب أو معين ولم تسلم إليهم الأصول فنفقتها منها تساقى أو يستأجر عليها مما فضل بعد صرفه في ما جعل له. ولو كانت على معينين وهم يلونها فالنفقة عليهم.

ووقع في المدونة مسألة حبس الدار واشترط إصلاحها على المحبس عليه، قال: لا يصلح، فإن وقع مضى الحبس ورمت من غلتها. وعن محمد: يرد الحبس ما لم يقبض.

ومسألة الفرس محبسة ثم هو ملك بعدها أو حبس فعن ابن القاسم: إن لم يفت الأجل فإن أسقط الشرط مضى وإلا أعطاه ما أنفق ورجع إليه فرسه، وإن فات الأجل نقل إليه بغير قيمة ولم يجعله بيعاً. وحكمه إذا قال بعد السنة حبساً كذلك وإن كان هذا أثقل. وفي مختصر ابن عبد الحكم غير ذلك من الشرط أفضل وإن وقع جاز، وعن أشهب ذلك جائز وهو أخف، انظره.

ابن الحاج: إذا قال في صحته: أرضي وقف أو حبس أو صدقة، سواء

قال محترمة أم لا، تمضي إذا أشهد عليها وحوزها غيره أو وليها ولاية صحيحة لا يعلم أنه أراد بها الانتفاع حياته. وكذا من حبس فرساً كان مرجع الفرس والسلاح إليه، ولو كان هو الغازي عليه حياته فمات كان ميراثاً، وقد مر ذلك.

وفيه: إذا أقرت أملاك بيده أنها حبس عليه وعلى عقبه من قبل أبيه فإن عرفت الأملاك له أو لأبيه فلا يجزي الإشهاد دون أن يحوزها كالهبة لتمنعه في أن يسقط شرط الهبة. وإن جهل ملكه وملك أبيه لها فاعترافه جائز حتى يظهر خلافه مثل أن يظهر في عقد التحبيس خلاف ما ذكر فيعمل على ما في العقد ولم يظهر أنها ملكه أو ملك أبيه.

وفيه: تحبيس جزء شائع من دار فإن كانت تقبل القسمة قسمت وإلا ففي الواضحة تباع كلها ويبتاع بثمن النصيب للحبس حبساً.

ونزلت في فرن حبس منه جزء على ولد ابن محسن، فأفتى الفقهاء بإعماله وقضى به أبو علي. ورأى ابن الطلاع ما في الواضحة [60 ـ أ] فلم يعمل به.

قلت: أخذ إعماله من آخر الشفعة في دار بين رجلين حبس أحدهما نصيبه على رجل وولده وولد ولده فباع شريكه في الدار نصيبه فليس للذي حبس ولا للمحبس عليهم أخذه بالشفعة إلا أن يأخذه المحبس فيجعله في مثل ما يجعل نصيب الأول. فأخذ منه تحبيس المشاع بغير إذن شريكه، والصحيح لا بد من الإذن. وذكر اللخمي أن تحبيس العلو جائز من غير إذن[1] وتحبيس السفل لا يجوز إلا بإذن. وقال: معنى مسألة المدونة أن الدار تحمل القسم فله رد الحبس لأنه لا ضرر على الشريك إذا أراد القسمة. فإن كانت لا تقسم فله رد الحبس للضرر الذي يدخل عليه إذ لا يقدر على بيع جميعها، وإن فسد شيء لم يجد من يصلح معه. كذا لو كان الحبس في حائط مشترك فهو كالدار.

قلت: فإن أخذ بظاهره فهو ثالث في ما لم ينقسم.

وحكى ابن سهل عن مسائل ابن زرب عن بعض العلماء أمضاه واختاره.

---

(1) جملة سقط من أ.

وقيل لا شفعة للمحبس مطلقاً كالمحبس عليهم إذ لم يبق له فيه ملك، وهو أقيس. وأخذ منه أن الحبس يخرج عن ملك محبسه بالتحبيس، ومذهب الموثقين وهو ظاهر ما في الزكاة أن ملكه باق.

وسئل ابن رشد عمن حبس نصف حظه من حمام وهو الربع على ابنته وعقبها بعد موتها وعقب عقبها ما تناسلوا، فإذا انقرضت من غير عقب رجع لأبيها إن كان حياً، وكذا لو كان لها عقب وانقرضوا. فإذا انقرضت أو انقرض العقب الذي لها بعد موته رجع لعقب المحبس وعقب عقبه ما تناسلوا. هل يرجع إلى عقب المحبس بعد موتها أو موت أبيها أو إلى حفدة المحبس عليها وهم ولد ابنتها؟

فأجاب: إذا ثبت ما ذكره فلا يخرج الحبس إلا من ثلث المحبس لشرطه رجوعه إليه ويدخل سائر الورثة مع الابنة يقتسمون منفعة الحبس على الميراث، وبموتها يسقط حقهم ويكون لولدها ذكورهم وإناثهم وولد ولدها كذلك. فإذا انقرضوا رجع الحبس لعقب المحبس ولا دخول لولد بنات الابن فيه.

[60 ـ ب] وعمن حبس فرناً ليصرف غلته على منافع مسجد من وقيد وحصر وبناء ما رَثَّ من الجدر، هل يأخذ إمام المسجد منه وهو داخل تحت المنافع أم لا؟ لكونه فسرها بما وقع خاصة. وقد وقع في صدقة العتبية في من تصدق بمورثه ثم فسر المورث واستثنى بعضه وترك بعضه، يدخل تحت الصدقة لعموم لفظ المورث.

وفي كتاب الدعوى: إذا وقع صلح عن مورث وفسر بأنواع وقع الصلح عنها، وفي المورث حصة من قرية غائبة جهلت ولم تذكر في الصلح، أشار إلى إعمال اللفظ العام كالصدقة. ورأيت اختلافاً للمتأخرين في نحو هذا. ففي مسائل ابن زرب: من قال فلان وصيي على ولدي فلان وفلان وله ولد ثالث لم يذكره، إنه داخل تحت لفظ ولدي. ورأيت لغيره أنه لا يدخل في ذلك لسكوته عنه ولا يتناوله لفظ ولدي. وكيف إن قلت إن الإمام لا يدخل إذا دفع إليه الناظر شيئاً، هل يضمنه الإمام ويرجع به عليه؟ كمسألة الضمان إذا دفع الثوب لغير

ربه. والجامع أنه خطأ على مال الغير في الوجهين أو بينهما فرق؟ لأن التحبيس النظر في التصرف فيه فهو إذن. ولا إذن للغسال في التصرف في الثوب ويكون كمن فرق زكاة يتيمة فتبين أنه أعطى غنياً منها لظنه فقره.

فأجاب: بأن منافع المسجد يقتصر فيها على ما ذكره ولا حق للإمام، ولا يخالف ما في سماع يحيى من كتاب الدعوى ولا ما في سماع أصبغ من كتاب الصدقات لأنه نص على العموم فيهما، لقوله فيهما «جميع» يوجب عدم التخصيص إلا بتعيين، كالاستثناء الواقع في مسألة سماع أصبغ ونحوه. ويوضح هذا إذا قال: نسائي طالق وله أربعة، وقال: نويت فلانة وفلانة خاصة وهو مستفت، قبل قوله. ولو قال: جميع نسائي طوالق لم يُنَوَّ في إرادة البعض لنص العموم، إلا أن يقول: استثنيت فقلت إلا فلانة، فيصدق في الفتيا على مذهب من يجيز الاستثناء وبالنية خاصة.

وأما ما حكيت من مسألة الخلاف بين ابن زرب وغيره فليست من هذا المعنى، لأن الولد يقع على الواحد والجمع [61 ـ أ] وقوعاً واحداً في لغة العرب. فإذا سمي وجب أن لا يتعدى ما سماه. وما حكيت عن ابن زرب خطأ من الفتيا فلا يحتج به ولا يلتفت إليه ولا يخرج عليه إن صح عنه. وما دفع إلى الإمام على الوجه المذكور لا يرجع به عليه ولا يضمن من دفع إليه لأن المحبس إذا لم ينص على دخوله ولا خروجه حكمنا بظاهر اللفظ فلا يدخل إلا بيقين لاحتمال دخول الذكور، ولعله إيهامه تقصير من الكاتب. ومما يؤيده ما وقع في سماع ابن القاسم من كتاب الصدقة: في من تصدق على ولده بما لَهُ غلة فرأوا عدم دخول النساء فيه واختص به الذكور، ثم بلغهن أنهن لهن حق في ذلك فطلبنه يدخلن معهم في المستقبل خاصة. وقد بان الفرق بما ذكرت لك من مسألة الغسال وهذه فلا يفتقر لأكثر من هذا لمن يفهم مثلك.

وأما مسألة الزكاة فلم يكن عليه أكثر مما فعل، وهو التعبد بالاجتهاد، لأن بعض أهل العلم قال: إذا أعطى زكاته لغني ولا يعلم أجزته، فلا خلاف في رده إن علم وقدر عليه لنص الله تعالى أنه لا حق له فيها لقوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّمَا

﴿ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ﴾[1] الآية.

ابن عات: ليس الثمن في الأحباس للناظر عليها بجائز لأنه مجهول إلاّ أن يكون ذلك معروفاً لا يزيد ولا ينقص فيجوز، وإنما يجوز بأمر معلوم في العام. وقال المشاور: لا تكون الأجرة إلاّ من بيت المال، وأما الأحباس فلا. فإن أخذها الناظر في الأحباس رجع عليه بها وأخذت منه ورجع بأجرته في بيت المال احتسب أجره على الله. قال: وإنما لا يقطع له منه شيء لأن فيه تغيير الوصايا.

وكذا من قسم وصية وأخذ منها أجراً، فإن أعطاه الورثة من أموالهم جاز ذلك، وهذا على مذهب مالك. وبمثل قول المشاور أفتى ابن ورد وقال: لا يجوز لصاحب الأحباس أخذ أجرته من الأحباس إلاّ أن يكون أصل تحبيسها مجهولاً لا يعلم على ما حبس في الأصل، فربما ساغ ذلك بالاجتهاد، وخالفه عبد الحق بن عطية في ذلك وقال: إن ذلك جائز. ولا أعلم في ذلك نص خلاف.

قلت: إن نص على أن له في [61 ـ ب] الحبس أجرة معلومة فواضح جاز على أحكام الإجارات، وإن عُينتْ الأجرة فإن كان على شيء معلوم مثل أن يكون له في كل شهر كذا ويكون عمله معلوماً فجائز، وإن قال: له في كل دينار كذا، فيجري على أحكام الجعالة. وهو اليوم عندنا معلوم في القابض يقال: له في كل دينار يقبضه شيء معلوم وهذا جائز. وكذا الناظر يكون له في كل شهر كذا فجائز وكان له ذلك مطلقاً لأن نظره قائم. وإن كان عمله مخصوصاً مثل شهادة الشهود فيه فإن كان متى ما شهدوا أخذوا وإلاّ فلا فجائز، إذ يكون ما يشهدون فيه معلوماً، وإن كانوا يأخذون ذلك عملوا أو لم يعملوا فلا يجوز. وهذا كله مأخوذ من تقسيم قسّام القاضي فأحكامهم جارية عليه. وكذا جودناه على مقتضى شيوخنا.

ومثله الإجارة على القيام بأموال اليتامى جار على هذا. وقد نص على هذا

---

(1) سورة التوبة، الآية: 60.

المعنى المتيطي وأصله من القرآن قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1]. ومن الأثر قوله ﷺ: «مالي من مال الله إلا الخمس وهو مردود عليكم» وقول عمر: مالي من مال الله إلا مثل ما لولي اليتيم من ماله ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ الآية.

وأما إذا لم ينص المحبس على أجرة الناظر فهي المسألة التي قال، وهي تجري على صرف الأحباس بعضها في بعض إذا دعت لذلك ضرورة.

ووقعت في ناظر عندنا في مدرسة الشيخ وتسببت في تقديم شخص للضرورة فقدمه شيخنا أبو الحسن محمد البطرني ـ رحمه الله ـ وقال: إن عندنا مرتب النقيب، ففي الحبس سعة في تقديمه وأشهد بذلك، وتابعه شيخنا الإمام على ذلك لما رجع الأمر إليه ورأى أنه لم يخرج عن نظر الحبس.

ومنه: سئل شيخنا أبو القاسم الغبريني عمن قدمه القاضي على حبس السور، وأشهد على الناظر أنه لا يتولى شيئاً من السور دخلاً ولا خرجاً إلا بالعدالة وجعل له على ذلك مرتباً من غلة ريع السور المذكورة وتمادى على ذلك ثم طلب من القاضي محاسبته على دخله وخرجه فحوسب [62 ـ أ] بحضرة العدول فوجد دخله أكثره بغير شهادة وخرجه بالشهادة ووجد في خرجه رسوماً بمعاينة الشهود دفع أجرة البناة والخدمة في السور ولم يضمن الشهود معرفة الخدمة والوقوف عليها، فهل تحسب له هذه الرسوم أم لا؟ ووجد في خرجه أيضاً رسوماً أنفقت في سجن هذا البلد في بنائه، وإصلاحه وهذا الإنفاق في السجن في مدة لم يكن في البلد قاض إنما أنفقه على يدي بعض عمال المدينة المذكورة على الأشغال المخزنية أجبر الناظر على السور على بناء السجن من مال السور، ووجد في مودع جامع المدينة رسماً فيه جماعة من الشهود بأن العادة الجارية بها إذا احتاج السجن إلى الإصلاح إنما يكون من مال المخزن في عام أربعة وأربعين وسبعمائة (744 هـ/ 1343 م) وتوفي عدوله على العدالة وثبت الرسم عند القاضي، فهل تحسب له هذه الرسوم المنفقة في السجن لكونه

(1) سورة النساء، الآية: 6.

مجبوراً عليها أم لا؟ للرسم المذكور ولم يستند لحكم شرعي فيكون جائحة نزلت به؟ وهل يجب له جميع مرتبه المسمى أم لا؟ لتفريطه في كون أكثر دخله بغير شهادة ولم يقدمه القاضي إلا على ذلك، والسلام.

قلت: **فأجاب**: أما ما أكرهه القاضي عليه من إنفاقه مما تحت يده في السجن إذا ثبت فالأقرب عندي محاسبته به إذ لا قدرة له على مدافعة الوالي الجائر وهو أمين في ما بيده وليس ذلك في ذمته. وما تركه بغير إشهاد في ما خرج عنه فلا يحاسب به إلا أن يأتي بإشهاد عليه. وأما دخله فلا بد من بيان كيفية شرط هذا القاضي عليه أنه لا يكون دخله إلا بإشهاد، هل معناه أنه لا يقبض من أحد شيئاً إلا بحضرة شاهدين، أو معناه أنه كلما قبض شيئاً اعترف بقبضه عند الشهود؟ والأول من المعنيين ليس بصواب شرطه لأنه يؤول إلى التضييع. والثاني منهما صواب في حق الحبس وحق السكان. وعلى كل تقدير فيسقط له من المرتب بحسب ما أخل به من الشرط. وأما إن [62 ـ ب] كان الشهود لم يضمنوا معرفة الخدمة والوقوف عليها فإن حكم الحبس عندي في ذلك حكم ربع الأيتام وإصلاح الوصي لها. فانظروا ذلك في الوصايا من كتاب الوثائق، وأكملها المتيطي: وإن قدر على إثبات ما أصلحه أنه كان محتاجاً للإصلاح فيقوم له ما ظهر جديداً ويحاسب به، والله أعلم.

قلت: قوله أما ما أكرهه الوالي إلى آخره فالصواب أنه يجري على مسألة إذا جاء السلطان فأخذ من المكتري الخراج. وفي المدونة: إن كان الخراج حقاً رجع به وإلا فلا. وخارج المدونة أنه يحاسب به. ومن مسألة ما يؤخذ من بعض الورثة من إنفاق على التركة جبراً هل يحاسب به أم لا؟.

ويقوم من حكم ابن عبد السلام وابن عبد الرفيع أنه يرجع به، وهذا كله على القول بأن جري الأحباس لا يصح، وعلى صحته فالسجن من حقوق المسلمين فلا يرجع عليه مطلقاً وإن لم[1] ولا سيما على من يصحح أحكام العمال عند فقد القاضي أو مطلقاً؟ وتقدم فيه خلاف.

---

(1) كلمة سقطت من جميع الأصول.

وأما تقسيمه دخله إلى قسمين فيبقى قسم ثالث وهو أنه لا تكون عقود الأكرية وأسباب الغلات وهو الإشهاد على ما بيعت به إذا كان جملة من أثمانها، فإذا ثبت الإشهاد عليها فلا يبرأ منها إلا بدليل وهو الشهادة. ونظيره إذا أخذ الوديعة بشهادة مقصودة فلا يبرأ من ردها إلا بشهادة.

وقوله: فيقوم له ما ظهر جديداً، يعني مما يشبه أن يكون في مدته. وأصله في المدونة في الأكرية: إذا أذن المكري للمكتري في الإصلاح، وهذا أخف لأنه إخراج أمانة لا من أمانة، والذي فيها من ذمة لأمانة. وفي الجميع خلاف.

وسئل شيخنا الإمام ابن عرفة عن صاحب حبس حوسب فشط دخله على خرجه بدنانير، فادعى أن بعض الدنانير الشائطة باقية على سكان الحبس، واعترف بعض السكان بذلك وبعضهم لم [63 ـ أ] يوجد لهم معترف، واطلع على هذا بعد وفاة صاحب الحبس وورثته غائب وسفيه. فهل يحلف من يظن به علم من الورثة وكذا السفيه إن ظن به العلم أم لا إن كان بالغاً؟ وهل يصالح في هذا عن الحبس؟ وكيف إن نزل هذا وصاحب الحبس حي وادعى بقاء شيء ولم يعينه أو عين من بقي عليه شيء وقد مات بعد أو غاب فهل يقبل قوله بيمين أو بغير يمين؟.

فأجاب: السؤال عن توجه اليمين كالدليل على وضوح عدم تضمينه، وفيه نظر. والصواب إن قام دليل تفريطه ضمن.

ونزلت هذه أو قريب منها أيام الشيخ الفقيه القاضي ابن عبد السلام فقضى بتضمينه، وأظن دليلة في تضمينه ذلك مسألة التضمين بالترك المشهور ذكرها في كتاب الصيد.

وما ذكره ابن سهل في كتاب الوصايا: إذا بوّر أرض اليتيم وأهمل عمارتها حتى نقصت إن عليه غرم ما نقصت. وللخمي ما يقرب من هذا في دَلاّلي الطعام.

وأما توجه اليمين على من يظن به علمه فواضح، وحلف السفيه ظاهر المذهب عدمه خلافاً للأصيلي وموافقته والصلح عن اليمين حسن. وحكم نزول هذا وصاحب الأحباس حي واضح مما تقدم. وحيث لا ينهض دليل غرمه فاليمين تلزمه إلا أن يظهر دليل براءته بمقتضى حاله وحسن سيرته، وبالله التوفيق.

وفي الوثائق المجموعة: إذا قدم القاضي أحداً على الحبس فلا يعزله من جاء بعده إلا بموجب لأنه كحكمه في القضايا. وما أكراه هذا المقدم فماض حتى يظهر خلاف السداد وإن عقد في التوكيل رزقاً ـ قلت: بعد عقد التوكيل ـ وأوجب له القاضي فلان رزقاً كذا في العام، ولمن يستعين به على جمعها كذا وكذا يقبضون ذلك عند انسلاخ كل شهر مما ينوبه من أول العام. وقَبِل فلان الوكيل ذلك من توكيله بالرزق بعد معرفته بقدر الشخوص في ذلك ومبلغه، وثبت عنده السداد في الرزق [63 ـ ب] المذكور وذكر وثيقة في صفة[1] القاضي لصاحب الأحباس وأنه يذكر جميع دخله مفصلاً ثم إخراجه كذلك ويثبت ذلك من قوله بالبينة على ذلك ثم يقول: وأوقف الباقي عنده أو عند من يرتضيه حتى يتم ذلك، إن شاء الله. ولا يجوز توقيف شيء منه على الضمان فإن أوقفه بشرط الضمان فلا يلزمه، وأقصى ما عليه يمينه إن اتُّهِمَ كالوصي سواء في براءته في ما ينفعه على الأيتام فانظره.

وسئل السيوري عن إمام مسجد ومؤذنيه ومتولي جميع أموره قام عليه محتسب بعد أعوام في غلة حوانيت له وقال: فضلتْ فضلة عما أنفقت، فقال: لم يفضل شيء، فقال له: بيّن للقاضي صفة الخروج، فقال: لا يجب عليّ ذلك ولو علمت أنه يجب عليّ ما توليته، هل يقبل قوله أم لا؟

جوابها: القول قوله في ما زعم أنه أخرجه إذا كان يشبه ما قال.

قلت: وهذا ما لم يشترط عليه أن لا يتولى دخلاً ولا خرجاً إلاّ بشهادة

(1) كلمة غير مقروءة بالأصول.

لأنه أمين. وهو مقبول في ما يشبه كالمودع.

ابن سهل: في من شُهد عليه في فدّان أنه محبس وهو بيده.

وقوله: لا مدفع عندي في شهادتهم، ثم قال: لي مدفع فيهم، ومرة قال: فرّقتُ غلته عاماً بعام. فالقاضي يوقفه من يده حتى يثبت تحبيس جده له وموته وعدّة ورثته. فإذا ثبت ذلك ورثه من مات من ورثته، فإذا ثبت ذلك أشهد بذلك القاضي ويسجل به بعد الإعذار إليه ويؤخذ بما اغتلّ إن كانت الغلة أردّ للحبس أو الكراء إن كان أنفع، إذا لم يعاقده عليه من تجوز معاملته ويوقف مع الفدان حتى يظهر للقاضي فيه نظر فيمضيه.

وسئل ابن رشد عمن حبس ربعاً على ولديه فلان وفلان على وجه الاعتدال وعلى أعقابهما وبهم عقد وجه التحبيس وجوزه، فمات الولدان ولهما عقب كثير هل يقتسم على التسوية أو على قدر الحاجة [64 ـ أ] أو يأخذ نصيب كل ولد ورثته؟

فأجاب: يقسم على عدد رؤوس الأعقاب بالسوية وإن كان عقب أحدهما أكثر من الآخر عند استواء الحاجة، فإن اختلفت زيد للمحتاج وكثير العيلة على قدر الاجتهاد، ولا يبقى بيد كل عقب ما كان لأبيه قبله.

قلت: لأنهم كالعصبة فهو على عدد الرؤوس.

قلت: هذا على القول بأن القسمة على قدر الاجتهاد وعلى قول ابن الماجشون: القسمة على السوية لا يفضل فقير على غني، ومثله في سماع عيسى. الباجي: روى محمد لا يفضل منه ذو الحاجة على الغني إلا بشرط لأنه تصدق على ولده ويعلم أن فيهم الغني والمحتاج. وفي المجموعة: الحبس المعقب كالصدقة لا يعطى منه غني، ويعطي المسدد بقدر حاله بكثرة عياله. وإن تساووا في فقر أو غنى أثر الأقرب وأعطي الفضل لمن يليه ويؤثر الفقير الأبعد، قاله ابن عبدوس. وهذا إن كان عددهم لا ينحصر ولم يفضل عن فقرائهم شيء، وإن فضل للأغنياء ولو كانوا معينين فهم فيه سواء. قاله ابن القاسم في رسم البز من سماعه، انظره.

وسئل أيضاً عمن حبس على معينين فقال فيه: إنه لوجه الله تعالى، هل يدخله القولان في التحبيس على معينين يرجع مراجع الأحباس أو العمرى أو كالحبس المطلق لا يدخله القولان لقوله لوجه الله؟ وقد تنازع الأصحاب فيهما فمنهم من قال: إنها كقوله حبس صدقة واحتج كل بحجة.

فأجاب: إن عندي اختلاف قول مالك يدخل فيه لأن لفظ الصدقة أقوى من قوله لله.

وروي عن مالك في من قال: هذه الدار حبس صدقة على فلان، أنها ترجع له بعد موته ملكاً. وقولنا: إن لفظ الصدقة أقوى لأنها اعتصار فيها. واختلف في من وهب لله أو لوجه الله هل يعتصرها أم لا؟ على قولين، ولا يلزم إن شاؤوا حبسا لله أو حبسا صدقة على مذهب من [64 ـ ب] يسوي بين وهبت له أو تصدقت له في امتناع الاعتصار ولخروج الموهوب من ملك الواهب بالهبة فلا يعتصر إلا بتعيين، والحبس على معين باق على ملك المحبس على أحد قولي مالك حتى يلفظ بما لا احتمال فيه في قصده الخروج عن ملكه بالصدقة على أحد قوليه والتعقيب على كليهما.

ابن الحاج: ما جهل سبيله من الحبس، أفتى ابن القطان بوضعه في بناء السور بخلاف ما علم سبيله، وأفتى ابن الحاج بأنه لا يوضع إلا في الفقراء والمساكين إلا أن يرى لذلك وجه يصرف إليه مثل أن يكون بموضع رباط كالإسكندرية وجل ما يحبس في السبيل فيجتهد فيها الإمام.

اللخمي: قال ربيعة في المبسوط: يسكنها الولد والقرابة والرحم وهو أحسن لحديث أبي طلحة (اجعلها في أقاربك) ولا يمنع مالك أن يبتدىء بالأقارب والرحم. واختلف إذا انقرض المحبس عليهم ورجع إلى عصبة المحبس فروى ابن القاسم أن النساء يدخلن في الغلة والسكنى يريد البنات والأمهات والأخوات والجدات والعمات ولا يدخلن الزوجات، ويبدأ الأقرب فالأقرب. وروى حسين عن ابن القاسم أن بنات الابن من العصبة يرجع إليه من الحبس. وروى عنه سحنون أن من لا يرث لا يدخل فيه من عمة

وخالة[1] وروى أصبغ أن كل ما رجع ميراثاً من الحبس فهو إلى أقرب الناس بالمحبس يوم يموت، وما رجع إليه حبساً فعلى أقربهم منه يوم الحبس.

وفي الواضحة عن ابن الماجشون: إن مما اجتمع عليه أمرنا أن الحبس لا يرجع لأحد من النساء لا بنات ولا أم ولا غيرهن. فإذا انقطع المرجع جعله الوالي في أغلب الوجوه التي يحبس الناس فيها، وإن كان أهل المرجع أغنياء فقيل يرجع إلى أولى الناس منهم، وقيل إلى الفقراء والمساكين.

ابن عات في وثائق الباجي: المعروف[2] قولنا ممن عرف ابنه صغيراً جداً[3] لئلا يقوم قائم على الابن وهو كبير فيقول إنه لم يتصدق [65 ـ أ] عليك أبوك إلا وأنت كبير، ويقول هو: بل كنت صغيراً ولا يعلم الشهود بذلك. فقال بعضهم: إنه على الحالة التي هو فيها حتى يثبت أنه كان صغيراً، ويقول: إن القول قول الابن في ذلك. فقطع الخلاف أحسن، وانظر في رسم نذر سنة من الشرح.

قلت: يجري على الخلاف في استصحاب الحال هل الأصل السابقة أو اللاحقة؟ ومذهب مالك في مسألة بيع أم الولد استصحاب الحال اللاحقة، وهي المسألة التي وقع فيها الجدال بين بعض المالكية والظاهرة. ونظيره: طلقتك وأنا صبي أو مجنون، وقيده في الجنون أنه إن علم أنه كان به، دليل على المشهور من استصحاب الحال السابقة.

ومنه: إذا كان الحبس معقباً ولا مرجع وحازه من حبس عليه أو لا ثم مات المحبس ثم قام سائر ورثته ممن الحبس عليه وزعم أن الحيازة لم تتم في الحبس لأنه رجع إليه يوماً ما من الحيازة وسكنه حتى مات. فقال ابن زرب: لا يمين على المحبس عليهم لأني لو أوجبت عليهم ونكلوا وجب إطلاق أيديهم يغتلون وهم قد نكلوا، وفي هذا ضرر على الحبس، إذ قد يطول عمره ويبقى بيد

---

(1) جملتان سقطتا من ج.

(2) كلمة سقطت من جميع الأصول.

(3) كذا وردت الجملة بالأصول.

الورثة ويموت الشهود فيكون رهناً على الحبس.

ابن زرب: ورأيت بعض أهل عصرنا من الفقهاء أفتى في هذا باليمين وهو غلط ونحوه في الحديرية.

وفيه: يكره في الحبس أو يتولى الأب حيازة ذلك.

وسئل ابن زرب لم يكره ذلك؟ فقال: لأن البلوغ في بَنِيه الصغار يختلف فربما عجل ببعضهم وأخر ببعض، فكره أن يمنع من بلغ أن يختار لنفسه حتى يبلغ بقية إخوته. وخالفه غيره وقال: لما اشترط ذلك صارت صدقة ضعيفة لكونه لم يخرجها من يده. وعن ابن لبابة: إن الكراهية في الواحد والاثنين وهو خلاف ما ذكره ابن زرب. وذكر عن أحمد بن ثابت في تفسير حديث بريرة اختلاف أهل العلم في ذلك فمنهم من أبطل الصدقة، وعن بعضهم تنفذ [65 ـ ب] فكره مالك الشرط للخلاف.

وفيه: من تصدق على صغير من ابن أو غيره وحوزها له فاحتازها منه في حياته فهي تامة وتنفذ وتكره ابتداء.

قلت: لعله يجري على وكالته هل هي جائزة أو مكروهة؟ وتقدم في المديان والوصايا الثاني ما يهدي للجواز.

وفيه: عن وثائق ابن الطلاع: ويعرفونها تحاز بما تحاز به الأحباس وتحترم بحرمته. وظاهر ما هنا أنه عطف على السماع. ومثله في أحكام ابن سهل وقال: به جرى العمل مع تجديد شهادتهم وقّت عشرين سنة فأكثر، فحينئذٍ يعذر لمن اعترض فيه. ولابن رشد في الحديرية: إذا لم يثبت أنها تحترم بحرمة الأحباس إلا على السماع فليست بشهادة عاملة، وقال: إن لفظة العقد أنهم لم يزالوا يسمعون، على الإطلاق من غير تقييد، محمول على أنه على مر الليالي وسالف الأعوام، وذلك أكثر من المدة التي حدها أهل العلم، بخلاف إذا عري العقد من لفظة «لم يزالوا» وقيدت بمدة غير محصورة ولا محدودة. والقولان في لفظه العام ما تحاز به الأحباس وتحترم بحرمته من كتاب الشهادات منها.

قلت: ويؤخذ من قوله فيها: إنا لم نزل نسمع أن هذه الدار حبس تحاز بحوز الأحباس، أن لفظة تحاز تدخل تحت السماع، وابن رشد جعله ابتداء كلام. وقد مر معناه في مسائل الشهادات.

ابن الحاج: يجب على القاضي الفحص عن أصل هذا الحبس، فإن وجد مخرجه امتثل نصه وإلا صرفه في أهم ما يحتاج إليه المسجد من زيت وحصر وبناء ما رَثَّ، فإن فضل شيء استؤجر منه من يقيم الخطبة والصلاة إن أبى عن الطوع. ونحوه أفتى ابن رشد من تقديم مصالحه على أجرة الإمامة والخطيب.

قلت: يحتمل أن يكون جهل مصرف هذا الحبس على هذا المسجد أو جهل مطلقاً فيكون ثالثاً: إذا جهل مصرف الحبس يجعل على المسجد الأهم فالأهم.

وفيه: في رسم استئذان من كتاب الحج ما يؤخذ منه أن النصراني [66 ـ أ] أو اليهودي إذا حبس على المسجد أنه لا يعتد ويرجع إليه.

وفيه: من حبس على مساكين اليهود والنصارى أجاز ذلك لقوله تعالى: ﴿وَيُطْعِمُونَ ٱلطَّعَامَ﴾ إلى وقوله سبحانه ﴿وَأَسِيرًا﴾[1] وهو لا يكون إلا مشركاً. والحبس على كنائسهم وطواغيهم مردود مفسوخ.

قلت: إن كان على وجه التقرب إليهم فهو كفر وإلا فهو معصية لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تحلفوا بالطواغيت» الحديث.

وقال شيخنا: قول ابن الحاجب يجوز الوقف على الذمي، لا أعرف فيه نصاً للمتقدمين، والأظهر جريها على حكم الوصية. وفي سماع ابن القاسم كراهة الوصية لليهود والنصراني.

سحنون: قال ابن القاسم وكان قبل ذلك يجيزه ولا أرى به بأساً إن كان على وجه صلة الرحم كأبيه وأخيه وشبههما من قرابته، ولا يعجبني في الأباعد،

---

(1) سورة الإنسان، الآية: 8.

وليتعطف به على أهل الإسلام. ابن رشد: القول بالجواز هي رواية ابن وهب محتجاً بالحلة التي كساها عمر أخاً له مشركاً بمكة.

وقوله في رواية عيسى: أراه حسناً. قول ثالث في المسألة.

والوصية في الذمي القريب أفضل في الأجر من المسلم الأجنبي. والأباعد من أهل الذمة لا خلاف في كراهة ذلك باعتبار إيثار الذمي على المسلم في نفس الوصية لأن فيها الأجر بكل حال.

في موطإ ابن وهب عن مالك: من نذر صدقة على كافر لزمه. وقال أيضاً: من قال مالي صدقة على فقراء اليهود لزمته الصدقة عليهم بثلث ماله. قال تعالى: ﴿وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾ والأسير الكافر. وأجاز أشهب الوصية للذميين ولو كانوا أجانب إجازة مطلقة دون كراهة ومعناه في الأجانب إن كان لهم حق من جوار أو يد سلفت وشبه ذلك، وإن لم يكن لهم في ذلك سبب فالوصية لهم محضورة، إذ لا يؤثر الكافر على المسلم دون سبب إلا مسلم سوء مريض الإيمان لقوله تعالى: ﴿لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾(1) الآية.

الباجي: [66 ـ ب] لو حبس مسلم على كنيسة فالأظهر عندي رده لأنه معصية كما لو صرفها إلى أهل الفسق.

قال شيخنا الإمام: عادة الأشياخ أن لفظة الأظهر عندي لا تكون عندهم إلا في ما فيه نظر في الضروري، ورد هذا الحبس ضروري من القواعد الأصولية لأنه تسبب في معصية أو إعانة عليها خالية عن مصلحة شرعية، وما هذا مثاله حرام إجماعاً.

وكذا من القواعد الفروعية: سمع عيسى من ابن القاسم: من أوصى أن يقام بلهو عرس رجل أو مناحة ميت لا تنفذ وصيته، وقوله باطل. ابن رشد: لا خلاف في ردها بمناحة الميت لأنها محرمة.

---

(1) سورة المجادلة، الآية: 32.

وفي الموازية: من أوصى لرجل بماله على أن يصوم عنه لم يجز ذلك.

قلت: ويأتي إن شاء الله للخمي أن أحد أقسام الوصية ممنوع وهو ما تضمن معصية. تقدم لابن الحاج أنه فيه مردود مفسوخ فإما أن يكون رأي كلام الباجي. . .[1] به كما تقدم، أو يكون ظهر له ذلك على ما تقتضيه الأصول.

وفي إجارتها: لا يجوز بيع داره أو كراؤها ممن يتخذها كنيسة أو بيت نار. دليل حرمة ذلك، ابن سهل: **سئل** ابن عتاب[2] عن يهوديين باعا لمسلم جنة وبقيت بيده أزيد من عشرة أعوام يعتمرها، ثم إنه حبسها بعد ذلك على بنيه وأعقابهم، وبعد انقراضهم ترجع لأهل العلم وفك الأسرى وعتق الرقاب. ثم قام يهودي وزعم أن عميه البائعين حبسا عليه هذه الجنة وعلى أعقابه وحاز له أحد العمين لصغره وهو مكتوب بخط إسلامي، فهل يجوز تحبيس أهل الذمة[3] أم لا؟ وهل ينظر فيه حكم المسلمين أم لا وهل ينقض حبس المسلم بحبس اليهودي أم لا؟.

فأجاب: أحباس أهل الذمة مخالفة لأحباس المسلمين لوجوه يطول ذكرها، منها أن المسلم لا يرجع في حبسه بخلاف الذمي، فإنه إذا أراد الرجوع فيه أو بيعه أو التصرف بما أراد فلا يمنع، ويجب على القاضي تحصين حبس اليهودي لضعفه، ولنحو هذا ذهب أصبغ. ولروايته معنى ليس هذا موضع بيانه.

وروى [67 ـ أ] عيسى عن ابن القاسم: لأهل الصلح بيع أرض الكنيسة إن أحبوا وذلك من أحباسهم، وبيع اليهوديين لما حبسا ماض ولا قيام لهما للمحبس عليه على المبتاع، ولا سبيل إلى الجنان. ولو قام القائم حين نفوذ البيع فلا رد له فكيف وقد حصل فيه للمحبس ومضت هذه المدة، ويلزم القاضي إنفاذه وإمضاؤه والحكم به، وسواء كانت حيازة اليهودي صحيحة أو ضعيفة فلا يلتف إليها بكل وجه. ولا يلتفت أيضاً للشهادة على الخط إلا أن للقائم بالحبس

---

(1) كلمة سقطت من جميع الأصول.

(2) في أ وب: ابن فتا.

(3) بجميع الأصول: أهل القرية، وهو خطأ واضح أصلحناه.

مخاصمة عميه عند أهل دينهم.

وسئل ابن سحنون أيضاً عن يهودي حبس على ابنته عقاراً وعلى عقبها، فإذا انقرضوا رجع حبساً على مساكين المسلمين يلونه. وفي العقد أنه حاز ذلك لابنته كما يحوز الآباء لمن يلون من الأبناء حتى تبلغ الحوز لنفسها. ثم إن رجلاً له جاه وسلطان أجبر المحبس على بيع نصيب الحبس الموقوف فباعه وبقي بيده، ثم قام الآن المحبس أو المحبس عليها وسألوا عن هذه المسألة فأفتيت: إن نقض البيع واجب ورد البيع إلى الحبس لازم للمرجع الذي فيه للمساكين. ولو لم يحبس لوجب نقضه إن ثبت الإكراه على البيع لأن بيع المكره لا يلزم ولا يجوز. وما رواه أصبغ عن ابن القاسم في التجارة بأرض الحرب أصل لما أفتيت به.

قوله: ولا يجوز لأحباسهم التي يحبسونها على وجه التقرب إلا ما يجوز للمسلمين في أحباسهم. وعن أصبغ لا يجوز للمسلم أن يشتريه ولا يمنعون من بيعها.

وفي الاستحقاق من النوادر: في ما بيع من أحباس الكنائس والمسلمين وبنى فيها مبتاعه أنه ينقض فيه البيع ويؤمر بقلع بنيانه ويذهب به، قاله ابن القاسم وسحنون.

ومن أقر بمال في يده أنه حبس على مسجد أو على المساكين فإنه ينفذ إلى ما أقر به.

قلت: الذي أشار إليه ابن عتاب عن رواية أصبغ لعلها هذه، وإن المعنى الذي [67 ـ ب] أشار إليه إذا خرج الحبس مخرج القربة أو صار فيه حق لمسلم أنه بمنزلة حبس المسلمين، لكن هذا الوجه يشكل بما ذكر في النوادر من أحباس الكنائس.

وأصل هذا الفصل في المدونة: إذا أعتق الذمي عبده الكافر إن باينه فلا سبيل له عليه، وإن لم يباينه لم يحل بينه وبين بيعه. وحكى فيها في: إذا باينه قولان: هل يحلل بينه وبينه ويكون من التظالم أو لا؟ وكذا يجري على قول

المغيرة في لزوم الطلاق. وسبب الخلاف هل هم مخاطبون بالفروع أم لا؟ فعلى هذا إذا بان عند الحبس وحازه المحبس عليه فإنه يشبه البيع فيكون من التظالم الذي أمنعهم منه. وأما إذا جعل الحبس مرجعه لمسلم أو لأهل الإسلام فهو بمنزلة إذا أعتق المسلم فإنه يلزمه، لأنه حكم بين مسلم وذمي، ولا يعارض هذا إلا ما ذكر من تحبيسهم على مساجد المسلمين المتقدمة، ولعل تلك المسألة لمعنى فيها وهو مواضع القرب فيخاف منهم الشكية بسببها على المسلمين في تضييعهم مواضع القرب فلذلك قال: لا يقبل منهم.

ابن الحاج: في من أشهد إن داره حبس على إمام مسجد وكراؤها معها كذلك، وشهد الإمام أنه عقد الكراء مع الساكن فيها ويتم الحيازة فيحصل إشهاد المحبس وإشهاد الإمام على القبض وعقد الكراء وإشهاد الساكن على ذلك، ولا يحتاج في هذا معاينة القبض، وإن لم يشهد الساكن فلا بد من معاينة الدفع والقبض ويشهد المحبس والقابض معاً، ولا بد من الإشهاد على بقية الكراء.

قلت: في الوثائق المجموعة عن محمد بن أحمد: إن عقد الكراء والمزارعة والمساقاة في الأملاك المحبسة أو المتصدق بها يستغنى به عن الحيازة بالوقوف على الأرض ومعاينة نزول المحبس عليه فيها. وعن بض الموثقين: إن هذا الكلام مردود عندهم وإن إشهاد المحبس عليه والمساقي أو المكتري أو الزارع على أنفسهم لا يغني عن الحيازة حتى يشهد الشهود بنزول [68 ـ أ] المساقي أو من ذكر معه ومعاينتهم لذلك. وتقدم نحو هذا لأحمد بن محمد في المزارع إذا زرع الورقة الواحدة وبقيت الأخرى قال فيها: لم ينفذ فيها للمحبس عليه إلا ما زرع أو عمل خاصة إذا لم يكن أكثر الحبس، فإن عمر أكثره وبقي الثلث فأقل نقد الجميع. فإذا أراد الخروج من الخلاف نزل المساقي أو من ذكر معه في الأرض ومعاينة الشهود لذلك ويكتب في الوثيقة.

وتقدم في مسائل الأكرية أنه إذا اجتهد القاضي في حوانيت الحبس أو دورها أو أرضها وبولغ في النداء عليها وعقدت ولم تبق زيادة لا يفسخ الكراء إلا أن تثبت بينة أن الغبن على الحبس، وينبغي للعاقد أن يؤخر العقد فيه، فإن

عقد لزم، إلا أن يثبت الزيادة. وكذا ربع اليتيم مع الوصي. وإن عقد غير الناظر أو الوصي قبلت الزيادة. وتقدم أن هذا في كراء البيت. وأما الكراء على المزايدة فليس بعقد بت وإنما هو عقد خيار. وكذا في أكثر رباع الحبس أو المخزن، فيكون على هذا من زاد ثبت له ما لم يكن الأول أرجح بوجه آخر. وعلى هذا لا يجوز لمن التزم الحبس أو المخزن أن يكري ذلك من غيره لأنه عقد في خيار فإن وقع فالزيادة تجري على مسائل الخيار، هل هي للبائع أو للمشتري؟ الخلاف بين رواية علي وابن القاسم، وهذا إذا أكرى من له الخيار، هنا للمخزن والحبس لا للساكن، فتكون الزيادة ليست للمكتري والله أعلم.

وقد وقعت وأجريتها على هذا وأخذت الزيادة من المكتري وأضيفت للحبس.

وتقدم أيضاً من مسائل ابن رشد: إذا ضعفت التجارة أو وقع غلاء أو فناء أو خلاء البلد هل هي جوائح أم لا؟ فانظرها في ما تقدم.

ابن سهل عن ابن عتاب: كان لا يرى غرس الشجرة في صحن المسجد ولا شيئاً مما ينبت وينكر ذلك ويمنع منه ويغيره إذا أمكنه. وعن أحمد بن خالد أنه سأل أبا وضاح في الصحن قال: أحب إلي في الشجر أن يقطع ولا يترك، ولم أر في مساجد الأمصار لا بالشام ولا بغيرها، فقيل له: هل ترى [68 ـ ب] الأكل منها مباحاً؟ فقال هي للمؤذن وشبهه، وما أحب أن آكل منها، ولكن ابن عبد البر قال في أيامه: غرس الشجر في الجامع وهو مذهب الأوزاعي والشاميين، ومالك وأصحابه يكرهونه.

قلت: وتقدم أنها إحدى المسائل التي خالف فيها الأندلسيون مذهب مالك وقالوا بقول غيره، واليمين مع الشاهد، وعدم طلب الخلطة، وهو مذهب الليث. وأجازوا كراء الأرض بما يخرج منها، مذهب الليث أيضاً، ورفع المؤذن صوته أول الأذان، ويُفرض للغارس سهمان، قول أبي حنيفة.

وأحفظ مما نقلته عن التشوف[1]: أن الغزالي مع أصحابه مر بقرية من

---

(1) هو كتاب التشوّف إلى رجال التصوف تأليف يوسف التادلي المعروف بابن الزيات. طبع الكتاب بالرباط سنة 1378 هـ/ 1958 م.

قرى الشام فدخل مسجدها فوجد فيه عريشاً من عنب واشتهى الطلبة الأكل منها فقال: حتى يسأل الإمام، فسألوه عن طيبه ومن يأكله فقال: لا أدري من يأكل ولا أعرف هل هو طيب أم لا؟ فسأله الغزالي عن اسمه وبلده فقال له: أنا من المغرب واسمي صالح، فوجده أبا محمد صالحاً المشهور، فقال لأصحابه: انظروا هذا المغربي في ملكه شهوته وله في المسجد ثلاث سنين، وأنتم كيف وردتم عليه اشتهيتموه.

قلت: ورأيت بالجامع الأقصى بالقدس شجر زيتون فقيل لي إن النصارى حين ملكوا الشام هم غرسوه وذلك أيام صلاح الدين بن أيوب وما قبله في سادس القرون.

الشعبي: إذا نبتت شجرة في صحن المسجد أو المقبرة أو طريق المسلمين فهي لله تؤكل ثمرتها.

قلت: معنى هذا إذا نبتت من غير استنبات، ولو غرسها غارس فهي على حسب ما أنبتها عليه من ضروريات المسجد. فإن لم ينو شيئاً ولم يحتج الحبس إليها جرت على قولين في تفريع الأحباس بعضها في بعض.

وتقدم في مسائل الضرر مرور العمل على القبور ومرور العجم عنها، وأن ذلك ينهى عنه، وإذا منع المسلمون من المشي على القبور فكيف بأنجاس الكفار. وكذلك فتح باب فيه أو حدث بإزائه فانظر ذلك فيه وفي أحكام ابن سهل.

وفيها: إذا [69 ـ أ] اعتلّ مرضى بقرطبة وأرادوا الدخول في أحباسها؟ ونزلت بقرطبة فاختلف فيها وكان رأيي الدخول معهم بعد إقامة أربعة أيام، إذ قالوا إنهم يريدون الاستيطان. وعن ابن القطان مثل ذلك. وكتب إلى ابن مسلمة بطليطلة فكتب: إذا ثبت إستيطانهم فمن يوم ثبت يفرض لهم في الأحباس.

قلت: وسمعت أن ابن عبد البر نقل: إذا مرت له ستة أشهر، انظره في الاستذكار وفي الوصايا.

اللخمي: إذا أوصى بجيرانه يدخل في الوصية من سكن جواره ولو ليلة. وعورضت بما في الحج في من له أهل بمكة وأهل ببعض الآفاق وفيها وقد يبدلون.

وذكر بعض من نقل مسائل الفتوى بإفريقية عن السيوري: إذا قدم رجل على بلد فإنه يكره أن يعطى من زكاتها ويترك فقراء البلد. وعن غيره الجواز، لأنه إما مستوطن أو من أبناء السبيل.

ابن الحاج: إذا حبس على المرضى بشهادة الأطباء أن به مرضاً يقال له الجذام يوجب له السهم ولو كان على المرضى القطع فتنقطع أنملة فما فوقها استوجب القسم.

قلت: الصواب أن تكون الأنملة التي توجب له نقص العمل، لأن قصد المحبس العجز عن العمل. والصواب أيضاً في المرض الذي يمنعه العجز عن العمل وتعذره كالأجذم، ولا يعتبر المرض المذكور في كتاب الأيمان بالطلاق في ما يحجب فيه عن التصرف في كل ماله أو لا يحجب لأن هذا معنى آخر في قصد المحبس. ويقبل قوله إنه مريض إذا ظهر عليه آثار المرض ما لم يتبين كذبه كما تقدم في مدعي الفقر في الزكاة يقبل قوله ما لم يتبين كذبه. زاد الشعبي: ولا يقبل في أن تحت يده غيلة إلا بدليل.

ابن الحاج: حبس على قوم ذكورهم وإناثهم سواء مات أحدهم وقت الصيفة فنصيبه من الزرع يورث عنه ولا يرجع على من معه في الحبس.

قلت: إن كان الحبس على قوم بأعيانهم فهي في آخر الحبس منها، وفيها اختلاف كثير في ما يستحق به الغلة فينظر فيه. وأما لو كانت لقوم مجهولين محصورين أو لا، فهي في الوصايا الثاني: إنها لمن حضر القسم، لا يحرم من تزايد بعد موت الموصي، ولا يعطى لمن مات قبل ذلك.

وفي ذلك [69 ـ ب] تفصيل واختلاف.

ومنه مسألة وقعت في مدرسة القنطرة[1] وهو أن في حبسها الفرق على أهل الحبس وسواء ما فُقِد، لا يفي دخلها بخرجها في بعض السنين فينكسر مرتب الطالب أو المدرس أو غيرهما من أهل الحبس، فكان من سبقني في المدرسة يقول إنه يحسب له ما انكسر ويأخذه ورثته إذا مات. ثم سمعت شيخنا الإمام قال: هذا مشقة[2] يؤدي إلى إخلائها إذا استحقها السابق رحل أو مات دون من هو بها الآن. فأفتى أن من مات أو رحل نظر ما انكسر له. والصواب أنه لا يستحقه إلاّ من حضر، كما قال مالك في مسائل الوصايا الثاني: إذا كان لمجهول من يأتي فلا يأخذ إلاّ من حضر القسم. وهذا في الطلبة واضح ويبقى النظر في أصحاب الأعمال كالمؤذن والإمام والمدرس والبواب، هل حكمهم كذلك؟ لأنه كله معروف في الأصل أو إجارة متعين لهم متى خدموا.

وتقع مسائل شاهدناها وهي: إذا غاب الطالب قبل طيب الثمرة ثم ورد بعد طيبها، وإذا خرج المرتب وقد غاب بعض الطلبة هل يبقى موقوفاً له أو لا؟ لاحتمال أن لا يرجع، فإذا رجع استحق منه حينئذٍ.

وقد شاهدنا شيخنا الإمام لا يعمل حساباً لمن غاب. والصواب إن كانت غيبته ضرورية مثل خروج الطلبة للصائفة أو لأهله أو لغير ذلك من الضروريات وهو منقطع للطلب، فإنه يوقف له نصيبه، وإن لا فلا. مثل قول مالك في مسألة السكنى في الحبس وخروجه خروج انقطاع أو لا.

ووقعتْ عندنا مسألة أجْريتْ على هذا، وهو أن طالباً توفي في الصيف ثم أتي زمن طياب الزيتون فطلب والده ما انكسر له، فأفتى شيخنا الإمام بأن لا شيء له حتى يطيب الزيتون وهو حي.

وكان تقدم في مسألة الوصايا: إذا أوصى أن يعطى لرجل دينار من غلة داره أو جنانه في كل سنة إلى آخرها، أن من انكسر له في أحباس المدارس شيء بعدم الخراج في بعض السنين أنه يأخذ مما يفضل بعد ذلك. قال شيخنا

---

(1) من مدارس مدينة تونس.

(2) جملتان سقطتا من ج.

الإمام: وهذا ما دام بالمدرسة، فلو انتقل [70-أ] إلى غيرها فلا يكون له المنكسر لأنه حينئذٍ ليس من أهل الحبس لخروجه كموته. وكذا لو خرج عنها وقصد الرجوع إليها ولم يغب غيبة انقطاع للطالب مع غيبة الانتقال حقه.

ابن الحاج: إذا بنى مسجداً بقرب آخر للضرر فالحكم يوجب هدمه إن بنى والمنع منه إن لم يبن، وقاعدته إن قصد المحبس الضرر رجعت إليه لعدم قصده البر، وإلاّ فقد يقال إنها تبقى حبساً فلعل الخلق قد يكثرون في الموضع حتى يُبْنَى.

قلت: إن قصد الضرر وهو يصرف في غير ذلك من الحبس، فالصواب إجراؤه على مسألة الوصية أو الهبة إذا قصد بها الضرر، وفيها قولان لابن القاسم وابن الماجشون. وأفتى شيخنا في من تصدقت بمهرها للأسراء على وجه الضرر لزوجها أنه يمضي ويطلب به ويحكم عليه بدفعه، ووقعت وسُجن فيها الزوج أزيد من عام، وما خرج حتى وَدَّى لأنه كان قادراً على الدفع، فكذا هذه القاعدة إذا كانت تصرف في قربة غير المسجد.

وفيه: في من طاوعته نفسه لإقامة منبر بمسجد قرية فبادر إلى ذلك وسارع إلى ذلك رجاء ثواب الله تعالى وهو من أهل القرية، فاتفق مع صانع على عمله بثمن معلوم إلى أجل معلوم وصفة معلومة، فلما شاع هذا قامت طائفة فعارضت في ذلك وناقضت حسداً وبغياً، فجمعوا مالاً من ذهب وفلوس وثياب من عندهم وعند غيرهم واتفقوا مع صانع آخر واشترطوا عليه عمله قبل الأول. فصُنِع ووُضِع في الجامع قبل المنبر الأول وخطب عليه. فهل يكون من بدأ به أولاً أحق وإن تأخر استخلاصه بعد الثاني أو الثاني أحق لحصوله في الجامع؟ وما يصنع بأحد المنبرين إذا ثبّت الآخر في المسجد المذكور؟.

فأجاب: إذا كان الأمر على ما وصفت فأول المنبريْن أولى بأن يُخطب عليه ويُذكر اسم الله تعالى عليه لأنه أريد به وجه الله تعالى، لا الذي صنع حسداً وبغياً وأنفةً وهم محقون بأن يزاح عن المسجد ويوضع المنبر الذي ابتدىء به

أولاً وكمل آخراً لقوله [70 ـ ب] تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ ٱتَّخَذُواْ مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا﴾[1] الآية والمسجد الذي أسس على التقوى وهو مسجد النبي ﷺ، قاله مالك، وقيل مسجد قُباً.

وسئل عن الرجل يبني مسجداً بقرب آخر، قال لا خير في الضرار في شيء من الأشياء لا سيما في المسجد وتلا الآية. وكذا القول في الآخر من المنبرين الذي لم يرد به البر إلاّ الحسد. وإذا خرج أحد المنبرين من الجامع فينبغي وضعه في مسجد من مساجد الجمعة التي يجمع فيها ولا شيء فيه.

وفي الحديرية: في من أحدث مسجداً بموضع وأهل الشر يختلفون مع متبرجات في ذلك الموضع فعلوه ذريعة لذلك وقف بانيه على ما شهد به عليه، فقال: ما قصدتُ إلاّ الخير ولا ظننت أن عليّ فيه قدحاً. فهل يجب على بانيه نقضه ويهدم أم لا؟.

فأجابوا كلهم إلاّ ابن السليم: إن كان بناه في ملكه فلا يُهدم ويمنع كل من قصَده من الشطّار، وإن بناه في غير حقه وجب هدمه، وإن بناه في موضع في ما هو حق للعامة فلا يحال عن حاله ويمنع من شطر فيه. فأخبر أن هذا المسجد بني في فدان محبس على مسجد، فإن كان هذا المسجد في مكان فيه الضرر من أسباب المناكر واجتماع أهل الشر من الرجال والنساء ولا يسكن حواليه وحازه الشهود بما شهدوا فيه.

فأجابوا إلاّ ابن القاسم: إذا ثبت عندك ما ذكر فتأمر بهدم هذا المسجد وإعادته على ما كان عليه من الحبس، ومن قصد الموضع من أهل الشطارة مُنعوا منه. وقال ابن السليم: لست أرى هدمه لوجوهٍ منها أن جميع الأمصار في أطرافها مساجد لم يبلغنا أنها هُدمتْ. ففي المدينة[2] مسجد بناه معاوية نائياً لا سكنى حواليه وبين أظهرهم مسجد رسول الله ﷺ. ورأيت بمصر مسجد الصحراء وهو خارج عن حد السكان ورأيت بجبل المقطم مسجداً ليس حواليه سكنى.

---

(1) سورة التوبة، الآية: 107.

(2) في ب: في المدونة.

قلت: ورأيت بالقيروان مسجد السبت ومسجد رزين ـ ويقال له جامع التوفيق ـ [71 ـ أ] ومسجد السبائي ومسجداً بالخرابة العادية، وبتونس مسجد الزلاج ومسجد الجبل الأحمر ومسجد مائة ومسجداً بجبل أشكل ومسجد العقدة وأبي الوليد في ماكوط في الخلاء.

وقال ابن السليم: وإنما الذي يجب تغييره إذا بنى مسجداً بقرب غيره ففيه تفريق للمؤمنين. وهو قول مالك في رواية أشهب في المسجد الذي أحدثَ بقرب آخر، وما نكر من أنهُ يُبْنَى في قطيع من الحبس فهو أمر خفيف لأنه بموضع عامر، وقد شاهدتَ ذلك ومَن حضَرَك.

وعن ابن القاسم: في المقبرة إذا عفتْ مبني فيها مسجد فلا بأس به وكل ما كان لله فلا بأس باستعانة بعضه في بعض، مع أن هذا المسجد لا فائدة فيه للحبس لغلة ولا يزرع، وقد تَدَاعى للخراب فسيخرب قبل أن يحرث، فامنعْ أهل المفسدة وغيِّرْ المنكر، ففي أقل مدة ينقطع المختلفون لهذا الجبل ودعْ هدم ما لا يجب هدمه. فقد اختلف النساء من قديم الزمان إلى هذا الجبل قبل بناء هذا المسجد ولا زلْنَ مختلفات إلاّ أن يغيّر ذلك عليهن. وتغييره واجب بما يجب التغيير به.

قال: ولم يُجب الفقهاء هل الهدم إذا تعيّن على بانيه أم لا؟ وهل يرجع إلي ملكه ما يكون له من النقض إن كانت لها قيمة أو يصرف لمسجد آخر؟ وما ذكر عن ابن السليم من جواز تفريع الأحباس بعضها في بعض هو فعل القضاة غيره بقرطبة ونص الواضحة، وفيه اختلاف تقدم.

قلت: جواب أجرة الهدم هي على الباني كالمتعدي يبني في ملك غيره كما قال في غير مسألة منها: يؤمر بقلعة.

ووقعت مسألة بالقيروان وهي أن رجلاً بنى غسّالة للجلود وأخرج قناتها على ساقية تخلط على قناة دور الدبغ بها، غير أنها تمرّ تحت بعض الأملاك فأثبتوا ضررها فحكم القاضي بهدمها على ما تعرفت وحكم على بانيها هدمها بغير أجر لتُغيّر عن حالها.

ووقعت أخرى بتونس: وهي أن رجلاً بنى داراً بجوار قبر بعض الصالحين خارج المدينة والرجل ينسب لهذا الصالح فشهد [71 ـ ب] بعض من يُقبَل عند القاضي أنه يجتمع فيها النساء بالليل ويخرجن من البلد إليها وفيهن من هي من ذوات الهيآت يجتمعن على التغبير، وما يفعله من يُنسَب إلى الصلاح منهن. فأمر القاضي بهدم الزاوية المذكورة لما يتوقع فيها من المفسدة على النساء. وبلغني أن ذلك كان يرى برأي شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ فهُدِمتْ. وبلغني أن من هدمها أخذ بعض أنقاضها في الأجرة فلا أدري هل ذلك بإذن من الشرع أو فعله الهادم بنفسه؟ وهي تجري على مسألة المسجد الذي بنيَ على الضرر، والله أعلم.

الشعبي: من حبس غلة في مصالح حصن المسلمين فتغلب العدو عليه تُصرف هذه الغلة في حصنٍ غيره على مثل تلك الوجوه.

قلت: ومثله إذا خرب وأيس من عمارته مثل ما تقدم في أنقاضه، ورأيت هذا. وحبّس بالقيروان لقصر أبي الجعد بالمنستير فإنه مع خرابه يرفع للقصر الكبير بها المشهور بقصر الرباط. ورأيت معلقاً بخطي عن بعض الشيوخ في إخراج الشيء للتحبيس على وجه اللجاج وهو شقص من حمام، فأنكر عليه إشراكه لما يدخل عليهم من العيب والضرر.

فأجاب: تقدم جوابي عن هذا السؤال مشروحاً وأوضحنا فيه أن الأصل كون الأملاك مقررة بأيدي مالكها لا تنقل إلاّ بموجب شرعي إما معاوضةً وإما قربة. وأنواع المعاوضات معلومة والقربة تفتقر إلى قصد بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾[1] ودليله أنّ ما لم يَسْعَه لا يكون له. وقال تعالى: ﴿وَمَا لِأَحَدٍ عِندَهُۥ مِن نِّعْمَةٍ تُجْزَىٰٓ * إِلَّا ٱبْتِغَآءَ وَجْهِ رَبِّهِ ٱلْأَعْلَىٰ * وَلَسَوْفَ يَرْضَىٰ﴾[2] فأخبر سبحانه أنه لا يجزي عن النعمة إلاّ أن يكون فاعلها مبتغياً بها وجهه. وقال الرسول ﷺ:

---

(1) سورة النجم، الآية: 39.

(2) سورة الليل، الآيات: 19 ـ 21.

«إنما الأعمال بالنيات» الحديث. ولفظة «إنما» ترد لتحقيق ما ورد فيه وبطلان ما سواه. [72 ـ أ] وفي الحديث دليل من جهة التنبيه وهو قوله ﷺ: «وإنما لكل امرىء ما نوى» إن لم ينوه لا يكون له.

وإذا عقد ذلك وكان اللفظ الصادق عن المالك ينقسم إلى أن يكون خصوصاً في زوال ملكه على وجه المعاوضة والقربة ووضع اللغة أو بغلبة الاستعمال في العرف أو نصوصاً في العرف إلاّ على القصد أو محتملاً للوجهين يوضح أن اللفظ الصادر عن المالك خارج عن القسمين الأولين محمول على ما أشرنا إليه من الاحتمال. وإذا فقد ذلك وجب الرجوع فيه إلى تفسير المالك، فما فسّر به مما يحصله لفظه قبل قوله فيه. فإن قال: صدر مني اللفظ عليه كان القول قوله فيه مع يمينه. فإذا حلف على ذلك سقط اللفظ وبطل حكمه لأنه لم يقصد القربة والتبرك وإنما قصد إضاعة المال. وأضافه على وجه المغاصبة واللجاج فقد أخرج بذلك الحبس عن معناه وأحاله عما وضع له. وإذا فعل ذلك كان فعله مردوداً بدليل نهيه عليه الصلاة والسلام عن إضاعة المال وقوله ﷺ: «من أحدث في أمرنا ما ليس فيه فهو ردّ».

وقد اختلف علماؤنا في من قال في غير يمين: داري في سبيل الله أو في المساكين. فقيل: يجب وقيل لا. وقال أشهب: إنما يجبر في ما كان بغير يمين صدقة لوجه الله تعالى على رجل بعينه إذا خاصمه، وهذا أقوى في النظر.

وعن ابن عبد الحكم: من حلف بصدقة ماله على رجل بعينه أو على المساكين أو في سبيل الله أو حلف بحبس داره أو حملان خيله في سبيل الله أو إبله أو بدن أو بقره أو غنمه هكذا ثم حنث ـ أقر بذلك أو قامت عليه بينة ـ فلا يقضى عليه بشيء منه، وإنما يؤمر به أمراً، فإن لم يفعل لم يُكرهْ عليه. فانظر كيف تظافرت النصوص بارتفاع تحبيس المعيّن، وإنما ذلك ـ والله أعلم ـ لعدم التقرب تارة وعدم التعيين أخرى. ومن علّل بعدم التعيين [72 ـ ب] فهو لعدم التقرب والتسور أولى أن يقال. انتهى جوابه.

قلت: ما قاله هو الجاري على مذهب المدونة أنه يؤمر ولا يُجبَر. وعن

أصبغ أنه يجبر على ذلك نقله ابن زرقون. وفي أول كتاب الفتن من ابن يونس ما يؤخذ منه أنه يستحبّ الوفاء به خاصة لا أنه يجب فانظره. وما ذكره من قصد القربة وعدمها هو الذي يحكيه الأشياخ عن ابن القاسم، إن كان ما خرج من الأيمان بالقرب على وجه اللجاج والغضب أنه لا يلزم.

وأحفظ لابن بشير: قال من لقيته من الأشياخ يميل إلى هذا المذهب ويرويه نَذْراً بمعصية ويوجبون فيه كفارة يمين خاصة. وهو جار على بعض مسائل المذهب، إذا قال لولده: أنا أنحرك وغير ذلك من المسائل، ومذهب الشافعية مطلقاً. وهذا كله ما لم يخرجه ويحوّزه فإن حوّزه وأخرجه عن يده فإنه لا يرجع إليه ويجبر على أخذه منه.

وقد وقعت عندنا مسألة بتونس وهي أن رجلاً حبّس سانية على فقراء جامع الزيتونة وحوّزها مرتين، ثم أراد الرجوع فيها وحصلت بيده، فأُخذتْ منه كرهاً وحُكم عليه بذلك، وهو الحق والله أعلم.

وسئل شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ عن حوانيت ببلد محبسة على سورها والحوانيت المذكورة لها أمد خالية من الساكن، والسور المذكور قليل الخراج محتاج إلى الإصلاح، فهل يسوغ جبر الناس على السكنى بحوانيت السور المذكور لما في ذلك من المصلحة للسور المذكور وتعود المنفعة في ذلك على أهل البلد المذكور؟ مع أن في ذلك مضرّة على أهل الحوانيت المملوكة وعلى غيرهم من أرباب الحرف والتجارات لما يؤدي إليه ذلك من السبب في قطع رزقهم والخوف عليهم.

فأجاب: لا يجوز جبر الناس على السكنى في الحوانيت المذكورة بوجه والله أعلم.

القفصي: سئل اللخمي عمن أخذ صخور مسجد فضلتْ من بنائه وُجدت في أساسه القديم وبناها في سور قصر وزعم فاعل ذلك أنه أفتاه بذلك مفْتٍ وهو مجهول، هل يعمل على ذلك أم لا؟ وهم يزعمون أن [73 ـ أ] المسجد بني بصخوره التي وجدت في أصله وفضلت منه صخور كثيرة وبنيَ بالطين والطوب

والصخور والعُمَد وجعلت في أركانه ومواضع منه، هل يسوغ لأهل هذا القصر البناء بفضلة صخور هذا المسجد أم لا؟.

فأجاب: ما ذكرتَ من أخذ صخور المسجد لتتملك فهذا لا يصح ولا يسلم لهم ذلك. والخلاف عندنا في ما خرب من الأحباس هل يجعل في مثله، وأما تملّكه فلا، وكيف يعاد بالطوب وتترك الصخور؟ هذا تغيير للحبس فلا يمكنون من ذلك ولا يسلم لهم ما ادّعوه.

وسئل السوري عن غرفة محبسة على مسجد بعضها فوق ظهره وتتصل بدار مملوكة، وربما سكن هذه الغرفة بعض الظلمة ويبقى فيها الزمن الطويل بغير كراءٍ وربما زالت يده عنها فتُكرى للرعية. فأراد صاحب الدار أن يعوّض عن الغرفة بقواديس من ماء مأمون لا يغور لا صيفاً ولا شتاءً، وهو أنفع، لأنه إذا أزيل ما عليه من الخراج بقي قدر ما ينتفع به في الغرفة أو أكثر، وإن لم يطلب بالخراج فهو خير بكثير، والغرفة ربما سقط بعضها أو كلها وربما سكنها مَن لا يؤدي فيها شيئاً لما هو في الواقع، مع ما يتخوف على الجار من أذى من سكنها له. وكذا إذا أراد أن يعوض عنها حانوتاً فائدته قدر فائدة الغرفة أو أكثر، والماء أو الحانوت في ثمنه مثل ثمن الغرفة أو أكثر، هل يسوغ هذا التعويض أم لا؟ مع أن ما جرتْ به العادة في ما ينزله الظلمة أنه ينقص ثمنه حبساً كان أو ملكاً.

فأجاب: لا يعاوض عن الغرفة وتبقى حبساً على حالها.

وأجاب اللخمي عن نحو هذا السؤال بخطه: إذا تقدم الغصب لهذه الغرفة وتعطلت منفعتها ويُخشى من عودة الغصب فيها وكان يدخل على من له هناك شركة مضرة عوض به على صفة يرى أنه لا بخس فيه على المسجد. وإن كان لا يخشى مثل ذلك وكان الخوف على مثل ذلك نادراً فلا يعرض للحبس ويبقى على حاله.

وتقدم سؤال بيع القاضي الجائر بقفصة [73 ـ ب] قاعة خراباً تكون مرفقاً للناس فيها قاعة على طريق الجامع من قفصة وأخرى على شاطىء النهر توضع

فيها كناسته ولراحة الجيران واجتماع الناس إذا ازدحموا في الطريق وأخرى تحت السور للدواب وغيرها ويباع فيها البقل وينتفع بها الناس، فباع ذلك القاضي الجائر ولا يُدرى ما صنع بالثمن هل دفعه للسلطان الميت أم لا؟ وربما يولج في مثل هذا ويقول: بعثه لينفق على السور وبنيتُ القاعات دوراً ولا يعلم للقاعات المذكورات مالك جملة، ولهذا كانت لارتفاق المسلمين، وكان ظلم هذا القاضي وأذاه بحيث لا يخفى على أحد، فهل يتم بيعه في القاعة أم لا؟.

فأجاب: القاضي المعزول الذي ذكرتَ من بيع هذه الأماكن على النقض، وللقاضي المتولي الآن استيعاب النظر فيها.

قلت: جرى مثلها عندنا بتونس ينزلهن[1] طرقاً مشهورة للغراسة من المخزن منها طريق بجوار رأس الطابية من أرض يقال لها مالقة أنزلتْ من المخزن وهذه متصلة بها. فسألت عنها شيخنا الفقيه الإمام ـ رحمه الله ـ فقال: إذا بقي من الطريق قدر سبعة أذرع جاز إنزالها. وسمعت شيخنا أبا الحسن البطرني ـ رحمه الله ـ يقول: لم تكن تلك طرقاً وإنما كانت شبه اللعب جعلها الأمير المستنصر لأولاده يتعلمون فيها ركوب الخيل، وأنها كانت بقيت من جانبها دليل على أنها كانت محوّقة بالطابية. ونزلت رسوم في الملعب الكبير بكدية أبي علي وببعض طريق السناجرة[2] وغير ذلك من المخزن فلم ينكر على فاعلها وبقيت إلى الآن. وكانت قبل ذلك من الطرق الشارعة ولعلها لم يثبت فيها أمر من المخزن فلما استغني عنها أنزلها المخزن لهذا، والله أعلم.

وسئل اللخمي أيضاً عمّن حبّس قاعة مرحاض معدّ لرجيع بني آدم على مسجد وقصد بذلك القربة إلى الله تعالى.

فأجاب بأن هذا التحبيس لا يجوز. فقيل له: فكيف بما اجتمع من أثمان الرجيع الذي حصل فيه وقد صرف في بناء المسجد وضرورياته من هذا الثمن؟ وعادة بيع ما اجتمع في هذه المراحيض لإصلاح الزرع وغيره؟ فقال المانع: هذه

(1) كذا بجميع الأصول.
(2) كذا بجميع الأصول.

عادة [74 ـ أ] لا تجوز، ويجب المنع من ذلك كبيع الميتة والمشتري مضطر إلى شرائه إذ لا يجوز له أخذه غصباً، ولو كان إمام عدل منع البائعين من ذلك والمحبس المذكور محتاج لما يجتمع في المراحيض، وإنما قصد القربة، وقد منع من ذلك ولم يصرف لما حبسه فيه ولم يرجع إليه.

فأجاب: الحبس غير صحيح، وما ظننت أن أحداً يرضي بهذا ولا يفعله بحبس العذرة على المسجد لتباع ويصلح المسجد بثمنها ويشتري من ثمنها ما يصلى عليه، والله تعالى يغني المسلمين في ما يحتاجون إليه في هذا المسجد من غير هذا الوجه، فإن لم يوجد صُلّي على التراب وجُعلت الحصباء فيه يُصلّى عليها مثل ما في مسجد رسول الله ﷺ، والسؤال عن مثل هذا وذكره ليس بحسن.

قلت: هذا بيّن على القول بمنع بيع العذرة أو كراهته، وعلى إلزام اللخمي جوازه من قياسه على مسألة الزبل وما فيها من بحث الشيوخ المتأخرين من قياسه الجواز على عامة المنع، يحتمل أيضاً المنع هنا لشناعة أن يُجعل ثمن النجاسة لبيوت الله تعالى فيكون تَوقّيه وفعله من باب الأدب مع الله تعالى. كما لا يقال: ربُّ الخنازير والكلاب والله سبحانه ربُّ جميع المخلوقات كلها وجميع العالم، وذلك بقصد الأدب في هذا الإطلاق ونحو ذلك من نسبة المعاصي ونحوها. ولم يتكلم على ما وقع منه وحصل في بناء المسجد وتسطيحه وعندي أنه حكم مضى في البناء، كما إذا بني بمال حرام أو بتراب نجس فقد تقدم أنه فات ويرجع هنا على من أخذ ماله على من أنفقه في المسجد ويُطلى الحائط النجس بما نفى نجاسته، فيرجع على هذا مشتري العذرة على من أنفقه في المسجد إلا أن يراعى الخلاف بعد الوقوع مع اجتهاد المنفق فيعذر بهذا، والله أعلم.

وسئل ابن أبي الدنيا عن نسخة تحبيس مضمنّها: حبّس أبو الحسن على ولده أبي [74 ـ ب] العباس أحمد جميع الجنتين الفلانيتين بما لهما من حق وشرب ماء، حبساً صحيحاً مدة عمر أبي العباس المذكور، وهو بعد ذلك حبس

على من يخلف أبا العباس المذكور من ذكور مدة عمرهم، وهو بعد ذلك لبنيهم الذكور دون الإناث ملكاً مطلقاً يتصرفون فيه تصرف المالك في ملكه. وإن لم يخلف بنو ولد أبي العباس لصلبه ذكوراً فهو حبس على من يكون لشقيقه أبي عثمان سعيد ابن المذكور، وهو بعد ذلك لمن يخلف أولاد أبي عثمان المذكور يتصرف في ذلك تصرف المالك في ملكه. وإن لم يخلف أبو العباس المذكور ولا ولد له ذكر، وكان أبو عثمان المذكور بالحياة رجع ذلك لأبي عثمان المذكور حبسا بقية عمره. فإن لم يكن بالحياة رجع ذلك لبني أبي عثمان المذكور على حسب ما تقدم ذكره. فتوفي أبو العباس المذكور في الرسم الأعلى فأحاط بميراثه والده الشيخ أبو الحسن المذكور وزوجه مؤمنة وابنة منها فاطمة لا غيرهم في علم شهوده. ثم توفي بعده أبو عثمان المذكور فأحاط بميراثه والده أبو الحسن المذكور المحبس وزوجته عزيزة، وولداه منها علي ومريم ولدا ولده أبي عثمان المذكور وفاطمة ابنة ولده أبي العباس[1] لا غير، ذلك في علم شهوده. وأوصى ببعض ما له لرجل وببقية ثلثه لمؤمنة زوجة ولده أبي العباس، وثبت ملك المحبس للجنتين المذكورتين وحيازة أبي العباس لهما إلى أن توفي، فحازهما بعده أبو عثمان المذكور إلى وفاته، فحازتهما بعده زوجه عزيزة لولدها منه عليّ المذكور إذ كان في حجرها بالإيصاء حسبما ذكر، وذلك مدة حياة المحبس أبي الحسن إلى أن رَشَد عليّ الحفيد المذكور فحازهما لنفسه وهو يذكر أنه حازهما بحق التحبيس إلى وفاته، فقام من ناب عن ابنته بموجب أن الحبس وجب لهما بعده ملكاً. وزعمت زوجة أبي العباس أن الحبس سقط ورجع إلى ملك المحبس وطلبت الدخول لوصيتها، وطلبت مورث محجورتها بنت أبي العباس من ذلك. فهل تجب الجنتان لابنتيْ علي أو ترجعان إلى ملك المحبس المذكور إذ لم يجعل لهما مرجعاً بعد وفاة ابن عثمان على ما ذكره ابن المواز وابن حارث وغيرهما [75 ـ أ] أن الحبس إذا كان على رجل بعينه أو إلى مدة أو مدة عمره فإنه يرجع ملكاً لمحبسه من غير خلاف في المذهب. وإن قلتم برجوعه ملكاً للمحبس فهل تدخل فيه وصية مؤمنة وأخذها بقية الثلث؟ كما ذكر

(1) جملتان سقطتا من ب.

في المدونة أن كل دار ترجع بعد موته من عمراء أو حبس من ناحية التعمير، فالوصايا تدخل فيه ويرجع فيها ما انتقض من وصيته ولو بعد عشرين سنة، أو يكون من قبيل ما اشتهر عنده وعند الناس أن سفينته غرقت أو أن عبده الآبق مات وطال زمن ذلك فأوصى بالثلث ثم مات، وظهر بعد موته سلامة السفينة وحياة العبد فاختُلف: هل يحمل ذلك محمل ما لم يعلم من ماله فلا تدخل وصاياه أو تدخل وصاياه؟ لأنه معلوم في الأصل؟ وهل يستدل في هذه النازلة على المحبس غلب على ظنه فوات الحبس عن ملكه إذا رجع إليه بموت ابن عثمان؟ إذ لم يفعل ذلك وتركها في حيازة الولد ابن عثمان المذكور.

فأجاب بعد ذكر الحمد لله والتصلية بقوله: من حبس على رجل بعينه أو قوم بأعيانهم ولم يقل لا يباع ولا حبس صدقة، فعن مالك في العتبية: حكمه حكم المحبس المعقب. وظاهر قول ابن المواز إنه كالمعقب إلاّ أن يقول حياته أو يقيّده بأجل. وأصبغ يقول: حكمه حكم المحبس المعقب ولو قيده بالحياة لأن لفظ الحبس في مقتضى العرف أن لا يباع. ولو قال: لا يباع، فلم يختلف قول مالك إنه كالحبس المعقب ولا يرجع إلى المحبس. فكذا إذا أطلق لفظ الحبس لاقتضائه لغة أن لا يباع. فإذا تقرر هذا فيقول: إن هذا المحبس عين من ذكر ممن هو موجود ولم يعين من بعدهم إلاّ بالنسبة إلى أولادهم وهم غير موجودين ولا معلوم وجودهم، ولا إذا وجدوا ما عددهم. فإذا كان الحبس على المعينين يحكم فيه بحكم التحبيس المعقب فأحرى هذا. فهذا التحبيس المسؤول عنه لا يرجع إلى المحبس إذا انقرض من حبس عليه ويرجع حبساً على [75 ـ ب] أولى الناس بالمحبس يوم المرجع. وإذا كان الحكم على ذلك فلا تدخل فيه الوصايا ولا يورث عن المحبس. وأما ما ذكره السائل عن ابن حارث وابن المواز أن الحبس إذا قيّده بحياة المحبس وأجلٍ فإنه يرجع ملكاً للمحبس بغير خلاف فغير صحيح. قد ذكرنا الخلاف وذكرنا قائله في هذا الجواب. وإن ذكر ذلك بعض الموثقين فخطأ وَوَهْم فاعلم ذلك. ثم إن ما ذكره ابن المواز معترض لا يجري على قول مالك لأن من يقول: حبستُ على فلان إنما يريد حياته فلا فرق بين أن يقول حياته أو يسكت فاعلم ذلك، انتهى. قال الناقل:

والذي ذهب إليه في الجواب هو مذهب أصبغ وروايته عن مالك ووقفتُ عليها في البيان، وهي في العتبية: إذا قال: حُبُس حياتك أو مدة عمرك. وعن ابن رشد: إنها ظاهر المدونة. ورأيت الطرطوشي عوّل على ذلك في تعليقته في كتاب الحبس منها وذلك خلاف ما ذهب إليه ابن المواز واللخمي وابن حارث، وهي من مسائل ابن زرب. والاعتراض الذي اعترضه الشيخ على ابن المواز كذلك اعترضه التونسي والشيخ أبو الحسن.

قلت: كأنهم لم يجعلوه يرجع له ملكاً خصوصية، وهي عندي وصف معتبر أنه لم يقصد به حبساً وإنما قصد به العمرى إذ لم يجعله مؤبداً بالنص ولا بالإطلاق، لأن الحبس على القول به إنما هو مؤبد وليس هذا مؤبداً بالنص، والصواب جرْيُه على العمرى بها، فيجري على أحكامها بما تقدم.

من مسائل الهبة والصدقة ونحوهما

اللخمي: هو انتقال الملك بغير عوض.

وقال شيخنا الإمام: هي أحد أنواع العطية وهي تمليك متموّل بغير عوض إنشاءً فيخرج النكاح والحكم باستحقاق وارِثِ وارِثِهِ، وتدخل العارية والحبس والعمرى والصدقة والهبة.

والعمرى تمليك منفعة حياة المعطي بغير عوض.

والهبة تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض إن كانت لغير ثواب، والصدقة كذلك، إلاّ أنها لوجه الله تعالى. وفي الهبة لله خلاف تقدم لابن رشد. اللخمي: وكلاهما مندوب [76 ـ أ] إليه غير داخل تحت قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[1] والأصل في الصدقة قوله سبحانه ﴿إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ﴾[2] وقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُواْ ٱلْفَضْلِ مِنكُمْ﴾[3] الآية. وكان ﷺ يقبل الهبة ووهب لجابر بعيراً اشتراه، ولعبد الله بن عمر بعيراً وقال ﷺ: «لو أهْدِي إليّ ذراع أو كراع لقبلتُه» وقال: «تهادَوْا وتَحابُّوا».

قلت: رأيت في بعض الكتب أن نملة أهدت لسليمان عليه السلام تبنة فتعجب منها فأوحى الله إليه: يا سليمان اقبلْ هديتها واشكرها على فعلها فإنها أهدت لك على قدر جهدها. وفي حديث «لا تحقرن إحداكن أن تهدي لجارتها» الحديث، وقوله «فلتكثرْ مرقها».

اللخمي: ويراعى في هذا ثلاثة؛ حال المعطي، وقدر العطية، وفي من

---

(1) سورة البقرة، الآية: 188.

(2) سورة النساء، الآية: 114.

(3) سورة النور، الآية: 22.

توضع. فأفضلها حال الصحة في حديث أي الصدقة أفضل؟ فقال: (أن تتصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلتَ: لفلان كذا ولفلان كذا).

وأما قدرها فأفضله ما فضلت عنا لقوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ ٱلْعَفْوَ﴾[1] الطبري: العفو: الفاضل. فأرشدنا تعالى أن يكون الفاضل عما يحتاجون إليه. وقوله: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُوا۟ لَمْ يُسْرِفُوا۟ وَلَمْ يَقْتُرُوا۟﴾[2] الآية، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ﴾[3] الآية. وفي الصحيحين (لا صدقة إلاّ عن ظهر غنى، وابْدَأ بمن تعول) وفي قصة كعب بن مالك (امسك عليك بعض مالك فهو خيرٌ لك). وعن سحنون: إن تصدق بكل ماله ولم يبق ما يكفيه رُدّتْ صدقته. وفي الموازية عن مالك: تجوز الصدقة بكل ماله، وفعله الصديق رضي الله عنه، والأول أحسن لما تقدم من الآي والحديث، وقصة الصديق كانت لاستئلاف الناس واستنقاذهم من الكفر وهو حينئذٍ واجب.

قلت: نقل ابن بشير قولاً: إن من كان إيمانه كأبي بكر فجائز وإلاّ فلا.

ويستحب أن يكون من أنفس ماله لقوله تعالى [76 ـ ب] ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾[4] وقياساً على العتق حين سئل: أي الرقاب أفضل فقال: (أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها).

ويستحب جعلها في أقاربه ثم جيرَتِه ومن يستصلح نفسه ولرفع الشحناء. فأما الأول فلحديث أبي طلحة، وقال ﷺ لميمونة وقد أعتقت خادماً «فلو أعطيتِها أخوالك كان أعظم لأجرك» فقدم العطية للأقارب على العتق وقال «مَنْ سَرَّه أن يبسط في رزقه وينسأ في إثره فليصِلْ رحمه». وفي الموازية عن مالك: من أحب أن يعتق عبداً أو يتصدق به على ابني عمه وهما فقيران، فقال: يتصدق

(1) سورة البقرة، الآية: 219.
(2) سورة الفرقان، الآية: 67.
(3) سورة الإسراء، الآية: 29.
(4) سورة آل عمران، الآية: 92.

عليهما. وأما الجار فلقوله ﷺ لعائشة وقد قالت: إن لي جارين فإلى أيهما أهدي؟ قال: «لأقربهما منك باباً»، وقال «لا تحقرن جارة لجارتها ولو فِرْسِن شاة» أخرجهما البخاري كلاهما، وفي ما ذكرناه كفاية.

وسئل ابن رشد عمن وهبتْ مورثها من ابنتها لابنة ابنتها المذكورة في جميع ما خلفته وكانت أمتعت أمها في صحتها نصف جنة ما دامت حية فادّعت أنها إنما وهبت من هذه الجنة نصيبها من المرجع لا من الغلة.

فأجاب: إذا ثبت رسم الإمتاع على نصه، وليس عند ابن الميت فيه مدفع فليس للحفيدة فيه شيء إذا لم يكن الإمتاع موروثاً عن البنت. وأمّا مرجع نصيبها من نصف الجنة فيورث عنها وتبطل فيه الهبة إذ هو هبة منها بعد وفاتها فترجع للثلث فلم يخرج مخرج الوصية ولا يسقط إمتاعها هبتها لأن الأصل في الملك الأسفل فالأسفل إلا بيقين.

قلت: إنما قال: لا تدخل لما تقدم أن مراجع الأحباس لمعينين العمرى معلومة بملك المعمر ومعرفته فتدخل فيها جميع وصاياه وإنما ورثت عن الأم هنا لأنه مال معلوم. وقوله: ولم تخرج مخرج الوصية فتكون من الثلث فيقوم منه أن من حبّس حبساً على جهة من جهات الحبس وحوّزَهُ بمعاينة شهيديْه ثم قال: وإنما يكون هذا الحبس يقع قبل موتي بسنة [77ـأ] فإن صادفه وهو مريض عند السنة فإنه يبطل إلاّ أن يحدد تحبيسه لأنه من فعل الصحة، وفعل الصحة لا يدخل على المرض. ووقعت وخالفني فيها بعض أصحابنا وقال: يمضي من الثلث، ولم يأت بحجة يستظهر بها، ولو كان لوارث لبطل أيضاً على كل حال.

وسئل عمن تطوع بنفقة أحدٍ مدة حياته أو مدة معلومة فمات المتطوع، هل يلزم باقي المدة أم لا؟ وهل يفترق في هذا السفيه من غيره أم لا؟ وهل يحفظ فيه خلاف أم لا؟.

فأجاب: إذا مات المتطوع قبل تمام المدة سقطت لكونها هبة لم تُقبَض سواء كان المتطوع له سفيهاً أو رشيداً. ولا أحفظ خلافاً فيه في المذهب.

قلت: يقوم منه، أن من أعتق صغيراً لم يبلغ حدّ السعي لزمته نفقته، على ما قال أبو حفص حتى يبلغ مبلغ القدرة على السؤال فإن مات قبله فإنّ النفقة لا تلزم في مال المعتق لأن عتقه تطوع فتكون نفقته بعد الوفاة كذلك فتفتقر لحيازة ولا يلزم عليه وجوبها في الحياة لأن السبب في وجوبها عتقه وهو تطوع فكأنه التزمه تطوعاً ما دام حياً فصار كمن قال: لله عليّ صدقة مالي أو ثلثه لفلان فيلزمه ما دام حياً فإذا مات بطل لأنّ صدقته وجبتْ باعتراف، فمِنْ شرطها الحوز قبل الوفاة ولا يلزم عليه مسألة الوضوء للنافلة على المشهور فيها خلافاً لما نقله الباجي فيها، لأن الوسيلة وهو الشرط في مسألة الوضوء مقدم على المقصد وهو الصلاة وهو شرط، ومتى سقط الشرط سقط المشروط. وهنا الوسيلة لاحقة عن المقصد وهو النفقة عليها لأنها من توابع العتق فأشبه أجرة الصبي في الرضاعة أنه لا يمضي منها إلاّ ما صادف حياته خاصة وترد الباقي وهو أخرى لأن نفقة الولد واجبة بالأصل لا سيما على مذهب أشهب حسبما ذلك مقرر في [77 ـ ب] الزكاة، فإذا سقطت هنا وجب أن تسقط في هذه المسألة.

وحكى شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ أنها وقعت في مدة قضاء ابن عبد السلام شيخه في رجل دبَّرَ ولداً صغيراً ثم مات وهو صغير بحيث لم يستقل الولد بسعيه، وعلى ظني أنه قال لم يحكم فيها بنفقة.

ووقعت في زمن قراءتنا عليه وسئلت عنها فأجبتُ بهذا وأنها ساقطة عنه، وعلى ظني أني سمعتُ أن الحكم وقع فيها بأن يؤخذ من تركته من الثلث مبلغ ما يوصله إلى حد البلوغ، ولا أدري هل وقع ذلك مستنداً إلى أصل رواية أو إلى اجتهاد؟ والله الموفق للصواب.

وسئل عمن وهب لابنته وشرط عليها فيها أنها إن ماتت ولا ولد لها رجعت لابنة أخيها ملكاً، وإن لم تكن حية فهو لولد ابنة أخيها إن كان، فإن لم يكن والواهب حي رجعت إليه ملكاً، وإن لم يكن حياً فهي لورثة الموهوبة ولا يورث عنها كمالها.

فأجاب: شرطه إن ماتت عن غير ولد انتقلت الهبة إلى آخره، شرط لا

يجوز فيها. فإن كانت حية خُيِّر الواهب بين تبتْيلها بغير شرط أو ردّها، وإن لم ينظر في ذلك حتى مات مضت الهبة وبطل الشرط.

قلت: هذا واضح على أصل المدونة: في من وهب هبة واشترط على الموهوب أن لا يبيع ولا يهب، وجاز الخيار للواهب كما ذكر، وفي المسألة اختلاف كثير مشهور. ففي العتبية لابن القاسم يكره، فإن نزل مضى وهو على شرطه، وفي الموازية: يخيّر الواهب، فإن قبلها مضت وإلاّ نقضت. وقال أشهب: جائز كالحبس. اللخمي: وأرى أن يجوّز، فإن مات الموهوب ورثت عنه لأنها معروف فيجوز أن يعطي الرقاب ينتفع بها من الآن أو يعطى المنافع حياته ثم يكون له المرجع بعد أن يقضي منه دينه أو يأخذه ورثته.

واختلف إذا قال: إن بعْتَها فهي ردّ عليّ: فعن مالك: هي جائزة وليس ببيع، وعن ابن القاسم: ليست هذه الهبة بشيء. وكذا لو قال: إن بعتَها فأنا أحقّ بها بالثمن، وإن قال: إن [78 ـ أ] متَّ رجع العبد إليّ، وإن متُّ أنا فهو لك ملك، فيمضي على ما شرط. فإن مات المعطى كانت عمرى وإن مات المعطي فهي في الثلث وسواء حيزتْ أم لا؟ لأنها وصية وليس له أن يحولها عن حالها. قاله أصبغ لأنها وجبت كالمدبر.

قلت: هذا على أحد الأقوال إذا شرط عدم الرجوع في الوصية. ولو قال: إن متُّ أنا رجع العبد إليك، وإن متَّ أنت فهو لورثتك، فهو شرط.

وعن المغيرة: في من وهب أمة واشترط لنفسه كل ولد تلده فهو حلال جائز. وقد يهب الرجل الحائط ويشترط ثمرته يريد العام والعامين لا في ما كثر ويجوز في الولد وإن طالت السنون، لأنه شرط عليه أن يتخذها أم ولد. فعن ابن القاسم لا يحل وطؤها وهو بالخيار قبل الوطء، فإن وطئت مضت للموهوب له وإن لم تحمل، لأنه على طلب الولد أعطاها وقد وطىء، ولو حملت مضى ولا قيمة فيها حملت أم لا؟ بخلاف المحلل لأنها تعدّ الرقبة فيها بخلاف هذه. وعن أصبغ إن لم تحمل ووطئت خُيّر الواهب كما مرّ، وإن فاتت بعتق أو ببيع لزمه قيمتها لأنه غيّر ما اشترط عليه. وعن ابن عبد الحكم: الهبة

جائزة ويؤمر الموهوب له أن يفي بالعهد، ولو قال: لا أعطيها الولاء أمرتَه ولم ينتزع منه.

وسئل ابن رشد مرة أخرى بأبسط من هذا.

فأجاب: بأن شرط رجوع الهبة للواهب إن لم تحصل الأمور التي شرط هبته لم تبتّل لابنته ولا للمذكورين بعدها حتى يكون من رأس ماله إلاّ إن حصل أحد هذه الشروط وهو حي فيكون كذلك. وإن مات هو قبل هذه الشروط فتكون الهبة لها من ثلثه بإجازة الورثة. فالحكم في الهبة معتبر بما يؤول إليه موت الواهب لها قبل الموهوب أو بالعكس، فإن حازها في حياته وصحته انتفع بها ولا يفوتها بوجه، فإن ماتت قبله وهو صحيح [**78 ـ ب**] لا دين عليه يغترق الهبة صحت لوارثها إن كان ولداً وإن كان لا ولد لها صحت لابنة ابنه إن كانت حية حينئذٍ، وإن ماتت قبلها رجعت للواهب ملكاً. ولو كان عليه دين يوم موت ابنته أو ابنة ابنه بطلت وأعطيتْ في دَيْنه لأنها يوم موتها قبلت وهو مديان، وقيل على ذلك استغلتها على ملكه، فهبته حينئذٍ لا تجوز. وإن مات قبل الموهوبة فهي حينئذٍ وصية لوارث فتجوز من الثلث بإجازة الورثة وإلاّ ورثها جميعهم. هذا الجاري على قول مالك وأصحابه الذي نعتقد صحته.

قلت: فآل أمره إلى جوازها وجريها على أصول المذهب لا أنها غير جائزة.

ابن الحاج: في امرأة وصي أوردتْ لبيت ابنتها جهازاً منه شيء بنقْدها ومنه شيء بدراهم سلّفتها إياها ومنه شيء عارية، واشترطت أنها متى وهبت شيئاً من الجهاز لابنتها التي ابتاعته بالمال السلف أو العارية فإنها راجعة في ذلك، ولم ترد بها وجه الله تعالى. فأوردتها لبيت بنائها بالجهاز المذكور، وعقدت عقداً تضمن الجهاز وفي آخره أن الموردة المذكورة وهبت جميع الثياب الموردة بيت ابنتها هبة صحيحة تامة مقبولة، وشرطت في هبتها أنها إن فوّتت شيئاً من ذلك فهي راجعة فيها وبنى بها زوجها ثم قامت الأم بعقد الاسترعاء طالبة إبطال ذلك فمنعها الزوج والابنة.

فأجاب: الهبة جائزة يوهِنُها الاسترعاء السابق، وشرطها في التفويت عامل، فليس لها تفويت شيء من ذلك للحجر اللازم.

جواب آخر: إذا ثبت أن تاريخ عقد الاسترعاء سابق وأعذر فيه إلى من يجب فلم يدفعه شيء فهو عامل، لأن الأم تبرّعت به ولو شاءت لم تفعله كالحبس المسترعى فيه بخلاف البيع، لأنّ فيه حقّاً للمبتاع وما فعلته من إسلاف ابنتها[1] المائتي مثقال فليس لها أن تلزم إشهاداً في ذمتها لا حاجة لها به، وللابنة رد الثياب ويبقى في بيتها من الثياب قدر نقدها.

وفيه من وهب [79 ـ أ] لابنته هبة وشرط في عقدها من مات منهما قبل صاحبه فنصيبه للحي منهما فإنه مكروه من جهة قطع المواريث عمن يرث الميت منهما، وهو بمنزلة من خصّ بعض بنيه بأكثر ماله، وهو مكروه يمضي إذا وقع.

وتقدم للشعبي في من جهز ابنته بثياب وحلي ويكتب قيمة ذلك عليها ديناً خيفة قيامها على ورثته بعد موته فيموت فتقوم تطلب ميراثها فيقوم الورثة بالوثيقة أنّه لم يهبها الشورة فللورثة القيام بما يجب لهم. قاله ابن زرب وغيره. وزاد غيره: وقيمته في الشورة ماضية إن كانت عدلاً وهو جائز علهيا ولازم لها.

قلت: تقدم من كلام ابن الحاج أنه ليس له أن يعمر ذمتها بسلف في الجهاز فعليه يأخذ الورثة الجهاز وتطلب ميراثها. وإن تلف شيء منه فلا يرجع عليها لأنها معاملة مع السفهاء.

وكذلك تقدم له في من أشهد عند خروج ابنته لزوجها أنه أمتعها بفرش وثياب وحلي، فبعد ثلاث سنين أو أكثر يقوم الأب أو الورثة طالبين الابنة في ما أشهد أنه أخرجه معها فأنكرت الإمتاع، ولم يكن دليل الإشهاد إلاّ الأب خاصة، فهل يقبل قوله؟ وهل يحلف إن كان القول قولها؟.

جوابها: القول قولها ولا يقبل قول الأب حتى يعلم قوله بإقرار أو بينة، وهو معنى قول ابن القاسم.

---

(1) جملة سقطت من أ.

قلت: يريد ولا يمين عليها لأنها لو أقرت وهي سفيهة فهو لغو فأحرى أن لا يمين.

ابن الحاج: من تصدق على زوجته النصرانية بداره على أن تُسلم فأسلمت وماتت قبل القبض، فهي حيازة للدار لأنها ثمن إسلامها.

قلت: مثلها مسألة «إن لم تكن قلت لي كذا فلك دينار» فثبت أنه لم يقله، وعارضه بعض أهل النظر بمسألة إن طلعت للجبل فلك كذا فطلع لا شيء له وخرج الخلاف منها في الجعل على ما لا منفعة فيه هل هو ماض أم لا؟ وفرق ابن رشد بأن مسألة [79 ـ ب] النصرانية والتي معها لها فائدة محصلة وهي الإسلام وطيب النفس الملتزم بخلاف مسألة الجبل، انظرها في البيان.

ابن عات: إذا تصدق على ابنه الصغير أو الكبير وشرط سكنى أمه معه فيها ولم يكن مسكناً للأب بخاص جاز ذلك وإن كانت الأم في العصمة.

قلت: يريد لأن سكناها تابعة للصدقة فأشبهت مال العبد يباع منه أو اشتراط الثمرة في الكراء وهي الثلث أو أقل، والهبة للصرف أو للسلم وتكبيرة الركوع ينويها مع تكبيرة الإحرام، والغسل للجنابة والجمعة إلى غير ذلك من النظائر.

ابن سهل: في مسائل ابن زرب: في من تصدّق على زوجته بدار وقبضتها منه وسكنها معها. فقال جلُّ مجلس القاضي: هو حيازة، فقال القاضي: كيف تكون حيازة؟ وعليه إسكانها وكأنها لم تخرج من يده. فقيل له: فما تقول فيها؟ فقال: هي مشتبهة، ولم يفصل فيها بشيء.

ابن سهل كذا وقعت له. وفيها أقوى دليل على قلة العلم وتضييع الاجتهاد إذ هي منصوصة في صدقة العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم: من تصدق على امرأته بمسكن وهما فيه فسكنه معها فليس حوْزها حوزاً حتى يخرج منه وتحوزه بما تحاز الصدقات به، لأن السكنى عليه. وإن كانت هي المتصدقة عليه سكنها معه كما كان فهو حوز. لكنه حكى عن بعض شيوخه أن المسائل لا

ينبغي أن تُفصل عن درسها. ولكل شيء آفة وآفة العلم النسيان.

وعن أبي عمر الإشبيلي خط الدارس الحافظ في آخر عمره معرفة مواضع المسائل وهي منزلة كبيرة، وذكر في هذا السماع إذا تصدق أحد الزوجين على الآخر بخادم فكانت تخدمهما فهو حوز ولا يضر خدمة المتصدق منها.

قلت: أخذها في السماع منها في باب اختلاف الزوجين في متاع البيت إذا اختلفا في الدار بعينها كانت للرجل. ابن سهل: وأَحَبُّ إليّ أن تحوز أم الولد لنفسها ما يتصدق به عليها سيّدها، وهو الذي يفعله الناس عندنا، وإن حازها السيد نفذ. وفي سماع يحيى: حالها كحال الحرة. ودليل المدونة أن سيّدها يحوز لها. الإشبيلي: كان يستحق الأخذ برواية يحيى. فإن عمل بدليل المدونة [**80** ـ أ] مضى.

ابن الحاج: في من وهَب عرصةً له في بلد آخر لزوجته فوهبته زوجته لأخرى فذلك على قولين، هل هي حيازة أم لا؟ والذي يظهر أنه حوز مع علم الواهب الأول، وشهد على نفسه فيها مع الواهبة والموهوب لها، وأشهد القاضي أنه حكم بذلك ليخرج من الخلاف، ومثله البيع بعد الهبة. وفي جملة المسألة أربعة أقوال. وأما العتق بعد الهبة فلا يدخل فيه اختلاف إنه حوز لحُرمة العتق.

ابن سهل: إذا شهد في عبد أنه حر معتق، فإن كشفوا اسم من أعتق كان الإعذار إليه أو إلى ورثته واجباً، وإن قالوا: هو حُرّ معتَق ولم يزيدوا على هذا تمّتْ الشهادة ولم يكشفوا عن أكثر. قاله ابن مالك وذكره في الطرر أيضاً.

قلت: ومثله الترشيد في محجور فإن كشفوا عن الترشيد وجب الإعذار إليه وإلاّ فلا. ووقعتْ، وجرت عادة الموثقين في كتب وثيقة الترشيد: وأعْذر إلى المرشد فلم يكن عنده مدفع. ورأيتُ موثّقي تونس لا يذكرون هذا في الترشيد، ولعلهم يفعلون ذلك إذا كان المرشّد هو القائم بالوثيقة فيعذر إلى المقدم فقط. ولو كان المقدم هو الذي فعل ذلك لكان الإعذار إليه أولى. وقد وقعت وحُكِمَ على رجل بصلح فادّعى أنه محجور وادُّعِيَ عليه الرشد.

ابن الحاج: في امرأة وهبت زوجها رياضاً بمحضر فعقد فيها الزوج مساقاة بينة ولم تشهد المرأة بالمساقاة واستظهر بعقد آخر تضمّن أنه كان يتصرف في الرياض المذكور ويصلحه. الهبة جائزة والمساقاة حيازة، وكذا العقد الآخر وأحدهما كاف.

قلت: تقدم في عقد المساقاة خلافٌ، وأما العقد الآخر فأصله فيها من وهب لرجل هبة لغير ثواب فقبضها الموهوب بغير إذن الواهب جاز قبضه إذ يقضى على الراهن بذلك إذا قبضه وهو بخلاف الرهن فإنه يفتقر إلى التحويز بقصد من الراهن لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾(1) وقد مرّ معنى ذلك.

ابن الحاج: هبة الدار المكتراة إن وهب الكراء معها [80 ـ ب] لم يحتج إلى وقوف البينة عليها وإنما يحتاج إلى أن يجتمع الموهوب مع المكتري خاصة وهِبَتُها دون كراء على قولين قياساً على الرهن، وعلى الجواز توقف البينة على الحيازة وتصح، وعلى الثاني لا تصح حتى يخرج من الكراء. ولو وقع الموت قبل ذلك بطلت الهبة فلا بد من اتباع هبة الكراء للموهوب له ويشهد الساكن أنه أكراها من الموهب له قبل الهبة، ويكون الإشهاد عليهم ثلاثتهم. وفعلت ذلك أنا وابن رشد لمن أشهدنا وعقدت بهبات لابن مجاهد ولم يتضمن العقد اتباع الكراء، ووقعت هبات بعد ذلك عارية عن هذا فقال الوقشي: لا بدّ أن يزاد في العقد أنه اتبع هبة الكراء بهبة الأصل.

قلت: أصلها في المدونة: لو وهبتَ عبداً قدْ واجرْتَهُ من رجل فليس حوز المستأجر حوزاً للموهوب إلاّ أن يسلم إليه إجارته معه فيتم الحوز، وأما العبد المخدم والمعار إلى أجل فقبض المستعير والمخدم له قبضٌ للموهوب، وهو من رأس المال وإن مت قبل ذلك. ونقل ابن يونس عن أشهب: إنّ قبض المستأجر حوز كالمودع. ونقل عياض: قالوا معنى مسألة المدونة أن الإجارة لم تقبض باقتضاء الموهوب له الإجارة من المستأجر حيازة، ولو قبض الواهب الإجارة فسواء دفعها مع الرقبة أولاً لا يكون حوزاً،

---

(1) سورة البقرة، الآية: 283.

وأما قبض[1] المخدم والمعار فظاهره أن قبضهما يكفي. وعن ابن الماجشون: إن كان الإخدام والهبة في عقد واحد. واختار اللخمي: إن وهب الرقبة بعد انقضاء الخدمة لم يكن قبضه حوزاً، ولو قلّ فقيمته لربه وإن بتل الرقبة من الآن ونفقته على ربه فكذلك، وإن كانت على الموهوب له فسدت الهبة، وإن كانت على المخدم صار كالمغصوب لرفع يد الواهب عنه، فإن رضي المخدم بحوزه له صح، بخلاف ارتهان فضلة الرهن لأن المرتهن حقه في الرهن وثمنه، والمخدم حقه في منافعه. وما لا منفعة فيه كالدار والثوب إن رضي معطي المنفعة حوزه له صح.

وفي حوز المودع الوديعة للموهوب ثلاثة أقوال؛ فقيل بمجرد العقد، وقيل وعلم [81 ـ أ] المودع، وقيل بعلمه ورضاه، ومذهب المدونة الثاني، حكاها ابن رشد انظرها فيه. وهبة المغصوب جائزة، فإن قبضها في حياة الواهب صحت وإلاّ بطلت، وعن أشهب ومحمد لا تبطل. وهبة الموهوب فيها تفصيل في المدونة وغيرها فلينظر في الأمهات.

ابن عات: سئل ابن زرب عمن تصدق على ابن له صغير بأصل وحازه له فلما بلغ الابن مبلغ القبض لنفسه باعه للأب بدين إلى أجل، يعني أن الابن باع الصدقة لأبيه.

فقال: ذلك جائز والصدقة تامة، فرده جميع من في المجلس فقالوا: كيف يجوز وهي صدقة لم تقبض؟ فقال: بيع الابن لها قبض وإن لم يقبض الثمن إلاّ إلى أجل، فقيل: كيف هذا وهو لم يقبض شيئاً؟ فقال: الصدقة بالأصل لا بالثمن وهو قد باعه منه فالصدقة نافذة. قيل له: فلو كانت الصدقة دار سكناه تصدق بها على ابن له كبير ثم باعها الكبير منه قبل أن يحوزها؟ فقال: ذلك جائز. فقيل له: لو تصدق بها على ابن له صغير ثم إن الابن باعها منه بدين؟ فقال: لا تجوز هذه الصدقة ودار السكنى مخالفة لغير ذلك لأنه ظهر أنه إنما أراد التحيّل في إبطال الحيازة والكبير في هذا مخالف للصغير،

---

(1) جملة سقطت من أ.

بيع[1] الكبير لها منه حيازة والصغير خلاف ذلك.

وتكلمتُ فيها مع مَن يُشار إليه من أهل المجلس فقالوا: إن الصدقة غير نافذة، وقال بعضهم: بعد أن أفتى القاضي فيها وسمع فتياه لا يوافقه أحد من أهل البلد فيها، ذكر ذلك ابن مغيث.

ابن رشد: إن تصدق الأب على ابنه الذي يحوز له بدار سكناه ثم باعها قبل أن يرحل عنها لكان الثمن للابن وإن مات الأب في الدار، لأنه إذا مات فيها فهي للمشتري لا لابنه إلاّ أن يكون باعها بنفسه استرجاعاً للصدقة فلم يعثر على ذلك حتى مات فإن الصدقة تبطل، ولو عثر على ذلك في حياته وصحت لفسخ البيع ورُدّتْ الدار لولده، ولو باعها بعد أن رحل عنها وحازها لابنه لجاز البيع على الابن وكان له الثمن في مال أبيه حيّاً كان أو ميتاً، وإن لم ينصّ على أنه باع لابنه[2] إلاّ أن يبيع بها استرجاعاً لصدقته فبيعه مردود إلى الولد حياً كان أو ميتاً والثمن للمشتري في مال الأب [81 ـ ب] بخلاف لو حبسها ثم باعها قبل أن يرحل عنها فلم يعثر على ذلك حتى مرض أو مات، ولو عثر على ذلك في حياته وصحته لفسخ البَيْع وصح الحبس بالحيازة، انظره في رسم أوصى.

ابن الحاج: في من ابتاع لابنه داراً بثمن وهبه إياه إلاّ أنه منجم عليه لأعوام فالبيع ماض ويتبع تركة الميت وتورث الدار على فرائض الله تعالى.

ابن سهل: سأل ابن دحون ابن زرب عمن ابتاع لابن صغير داراً بمال وهبه له ثم بلغ الابن ومات الأب فلم يقبض الدار.

فقال: لا تبطل وتمت الحيازة بالابتياع للدار بها.

وقال قبل ذلك عن نفسه: من أشهد أنه باع دار سكناه من الابن الصغير بمال استقر بيده من مال ابنه هذا، من هبة أجنبي له أو غير ذلك جاز وإن لم يعرف السبب الذي منه وجب للابن المال. وإن قال: هو الذي وهب له المال

---

(1) جملة سقطت من أ.

(2) جملتان سقطتا من أ.

ثم باع منه دار سكناه لم يجز إلاّ أن يعرف أصل الهبة ويكون قد حيز عليه عاماً فأزيد قبل البيع. وإن كانت غير دار سكناه وأقرّ أنه باعها منه بمال وهبه جاز ذلك ونفذ وإن لم تعرف الهبة، وهو في هذا كأنه وهبه الدار. ابن عات: انظر لو تصدق الأب على من في حجره بدار سكناه وألحق بالصدقة جميع ما في الدار ثم سكنها الأب حتى مات، هل تصح الصدقة؟ لأنه ألحق ما في الدار بالصدقة فصار سكناه فيها كالنظر لابنه وكما إذا ألحق بالأملاك الزرع النابت. وقد ذكر أن في وثائق ابن الطلاع جواز ذلك.

قلت: يجري على الملحقات بالعقد هل هي حاصلة فيها أم لا؟ وفيها ثلاثة أقوال ثالثها الفرق بين القرب والبعد في إلحاق المال بالعبد، والثمرة بالأصل، وغير ذلك. فعلى القول بعدم إلحاقه تصير كأنها هبات مستقلة لترجع واحدة لأخرى.

ابن الحاج: وهب ابن مالك أبوه جميع دوره ورباعه وجميع كتبه وأوصى بثلث ما يخلفه ثم إن أباه قرأ في الكتب حتى مات. فأفتى ابن عات وابن القطان بأن الكتب إن كانت ثلث الهبة فأقل فهي كلها جائزة ولا يوهنه قراءته في الكتب قياساً على مسألة [82 ـ أ] آخر الرهون منها.

ابن سهل عن سماع عيسى وأبي الحسن: من تصدق على ابنه الصغير بصدقة وعمر منها الثلث فدون جازت الصدقة لكها، وإن عمر منها فوق النصف بطلت كلها، وإن عمر منها[1] النصف أو دونه وفوق الثلث بطل ما عمر ونقد ما لم يعمر، وقد تقدم هذا من كلام عبد الحق وغيره.

وفي الوثائق المجموعة: إن كان المسكن أكثر من الثلث بطل جميعها، وإن كانت الصدقة في غير صغير واحد في تواريخ مختلفة وهي على مَن في حجره فلا ينظر إلى قيم ذلك ولا تضاف الصدقات بعضها إلى بعض، ويبطل ما سكن وينقد ما لم يسكن.

(1) جملتان سقطتا من أ.

قلت: كالمَوَاضِح إذا كانت في فور واحد أو ضربة واحدة، أو إذا دبّر ثم دبّر في فور واحد أو استراح، ولو استثنى بيتاً منها يسيراً يسكنه فإنه يذكره ويحدّده ويذكر بقاء مدته، فإذا مات لحق بالصدقة والحبس وحكمه حكم الجميع. قال في الوثائق: إلاّ أن يقول في البيت المستثنى إنه أبقاه ملكاً لنفسه أو قال يرجع بعد وفاته إلى الصدقة ويلحق بها فيحمل على الوصية. وحكم الدار المتصدق بها مرة واحدة حكم الدار الواحدة وهو المشهور في المذهب، وفيه اختلاف. وكذا لو جَمَعت الصدقة أحباساً من أصول وغيرها، انظر في صدقات الشرح الأول من ابن سهل.

ابن الحاج: في من تصدق على بنيه بصدقة واستثنى عشر غلتها، فللبنين ويأخذ الأب من كل نصيب عشره.

وفيه: في امرأة عهدت بثلثها لرجل مع هبتها أنقاضاً للمسجد، فليس في عهد الأنقاض ما ينسخ الوصية بالثلث فيتحاصّون في ثلثها، فما صار للثلث أخذه الموصى له به وما صار للأنقاض أخذ منها للمسجد بقدر ذلك، وتورث الفضلة منها، ويأخذ صاحب الثلث حصته فيها.

وفيه: في امرأة تصدقت بشقص لها في ربع وحَازه المتصدق عليه بجميع وجوه الحوز وبقي بيده زماناً ثم ذهبت لاسترجاعه، وأول ما طلبته في حكم الموضع المذكور فقال المتصدق عليه: الحكم لم يكن عندي لأني لست [82 ـ ب] بعامر وذلك بيد العامر. فقال وكيل المتصدقة: فإن لها أكثر مما تصدقت به في الربع، فأجابه بأن ليس لها منه إلاّ ما تصدقت به. ثم ذكر أن المتصدقة كانت وقت الصدقة مريضة.

جوابها: الصدقة جائزة لا يوهنها ما ذكرت.

ابن سهل في مسائل ابن زرب: إن سكنَا الدار وهي مشاعة لم ينفذ شيء من الهبة إلاّ إذا اقتسما سكناها شطرين علي المراضاة، وإن لم تكن قسمة صحيحة في الأصل فإن الهبة تنفذ في أقسامها بتراض إذا كان سكناهما إياها على اقتسام.

ابن عات عن أبي أيوب: من تصدق بسهم في ما لا ينقسم إلاّ بقبض الغلة كالحمّام والرحى والفرن وما لا يجري فيه إلاّ بحراز أصله وكانت له غلة فقبض المتصدق عليه الغلة في حياة المتصدق مضت صدقته وتمت له.

قلت: هذا مذهبنا في حوز المشاع أن يحل الموهوب محل الواهب فيها.

قال: من تصدق على رجل أو وهبه نصفاً له في دار أو عبد فذلك جائز، كما يحوز مع ذلك، ويحل المعطى محل المعطي فيه، فيكون حوزاً.

وفي رهونها والحوز: في ارتهان نصف ما يملك الراهن جميعه من عبْدٍ أو دابة أو ثوب قبض جميعه. ابن يونس: واختلف في الدار فقال: لا يجوز حتى يقبض المرتهن جميعها أو تكون على يدي عدل. وقيل تكون بيد المرتهن من الراهن فقبلها فيصح الحوز أو يضعاها جميعاً على يدي غيرهما ما لم يكن الموضوع على يديه هو القيم به مثل عبده وأجيره. وإن رهن جميع الدار جاز وضعها على يدي القيم بخلاف غيره وفرق بينهما.

وعن أبي حنيفة: لا يصح رهن المشاع. وفي الموازية: لا أعلم من أنكر هبة المشاع إلاّ بعض أهل المشرق وما لها وجهٌ.

قال: ومن تصدقتَ عليه بنصف عبدك فالحوز فيه يخدمك يوماً ويخدمه يوماً أو عشرة أيام، فإن متّ فهو حوز تام، كان العبد حينئذٍ بيد المعطي أو المعطى. وإن كان عبداً للغلة وأجَرَاهُ جميعاً واقتسما الغلة. وأما إن تصدق بشقص له في عبد فلا يجوز أن يبقى بيد المتصدق منه شيء، ولكن بيد الشريك أو المعطى أو أيديهما، وإن سلم مصابته وتكالاّ [83 ـ أ] مصابة شريكه بطلت صدقته إلاّ أن يخرج عنها.

وفي العتبية: مَن تصدق على رجل بمورثه من قرية مشاعاً فعمل المعطى في القرية وعمر بقدر حصة المعطي ثم مات المعطي فاقتسم إخوته بعد موته فصار للمعطى مثل ما لكل أخ فقال ورثة المعطي: إنك لم تحز. فعن ابن وهب: عمله حيازة لأنه إنما أسلم إليهم حقه بما أسلموا إليه من حقوقهم.

وعن ابن القاسم: في امرأة تصدقت بموروثها على رجل من دار مشاع فبني في ناحية منها وسكن فيها بلا مقاسمة حتى ماتت المرأة، فهذه الصدقة ردّ إلاّ أن يكون شريكاً وصالحوه ليرتفقوا هم بناحية وهو بناحية فتكون حيازة، أصبغ: إلاّ الموضع الذي بنى فيه وحازه لحصة المعطي من عرصة ذلك البنيان له وهو حيازة. وهذه مثل الأولى لأنه سلّم لهم حقه بما سلّموا له. ابن المواز: فلم يبق للمرأة حق فهي حيازة لخروجها عنها، وإن بقي لها شيء فكقول ابن القاسم. ابن يونس: هذا على أن قبض الغاصب قبض.

وعن ابن القاسم: إذا تصدق الورثة بناحية بعينها على رجل قبل القسمة تُقسم الأرض، فإن وقع للمتصدق تلك الناحية مضت للمعطي وإن وقع غيرها بطلت الصدقة وليس عليه أن يعوّضه، وإن وقع له بعض مضى ذلك البعض. ولو قال: أقاسمكم هذه الأرض المعطاة وهي تحمل القسم دون بقية الأرض، فإن كانت في صفتها لا تضاف لسائر الأرض قُسمتْ وحدها فيأخذه منها حصة المعطي، وإن كانت تضاف لبقية الأرض في القسمة قسمت كلها وإنّ الحكم على ما مضى.

قلت: كان الجاري على مسألة هبة الشقص المبيع في باب الشفعة أن يكون له عوض ما عيّن له من الأرض وكأنه وهب له ذلك أو عوضه في الأرض لا لاستشعاره ذلك عند الهبة، بخلاف الاستحقاق، والله أعلم.

ابن الحاج: في امرأة تصدقت على بعض أقاربها بشقص لها من محبس وحازها حيازة صحيحة مدة عام ثم أعمر الرجل المذكور المتصدقة المذكورة في ذلك الشقص فهل تقدح العمرى في الصدقة [83 ـ ب] أم لا؟ جوابها: إذا ثبت ما ذكر فالصدقة صحيحة ولا توهنها العمرى المذكورة وهو منصوص لابن القاسم.

وفيه: من تصدق على ابن له صغير بدار أو جنان ثم ثبت أنه كان يغتله لنفسه لا لولده. فأفتى ابن القطان وأهل الوثائق ببطلان الصدقة، وبه قال ابن كنانة. وعن ابن القاسم وأصبغ في العتبية: إنها جائزة. ابن عتاب: لأنه إنما تصدق على الغلة خاصة، وبه أفتى ابن رشد. زاد في الطرر: وهو نص أصبغ في

ثمن الدار إذا باعها بعد أن حازها لابنه باسم ولده أو جهل، فلم يعلم إن كان باعها لنفسه أو لولده، أن الثمن يكون له في مال أبيه حياً كان أو ميتاً، فانظره. وهي محمولة في الأرض على أنه إن كان يعمرها لبنيه المتصدق عليهم حتى ثبتت أنه إنما كان يعمرها لنفسه على حال ما كان يفعل قبل الصدقة. وفي الدار محمول على أنه إنها كان يسكنها أو يستغلها بحَشَمِه ومتاعه حتى يثبت إخلاؤه لها، وأنه لم يكن قبل وفاته يسكنها ولا يستغلها، ذكره ابن رشد في هبات الشرح.

وفي أحكام ابن زياد لأبي صالح وغيره: في من تصدق على ابنته البكر بنصف دار إلى ناحية بعينها على السواء أنّ على من ادعى أنها معروفة بسكنى الأب المتصدق البينة على ذلك، وهو قول سلفنا، وهذا خلاف قول ابن رشد.

ابن سهل: سئل ابن زرب عن الرجل يتصدق على ابنه الصغير بعروض يصفها ويريها الشهود ويحوزها لابنه ثم يموت الرجل فلا توجد في تركته، هل يضمن قيمتها؟ فقال: لا. فاحتجّ عليه بعض من حضر بالرجل يستودع الوديعة وتكون عليه بينة ثم يموت فلا توجد في تركته أنها مضمونة وتؤخذ من ماله. فقال: ليس هذه مثل مسألة الصدقة، وهو عندي خلافها، واحتج في ذلك بحجج منها: إذا قال هذا المتصدق قد باع هذه العروض قبل أن يحوزها سنة وجميعها قبل السنة مما يبطل الصدقة. فقيل له: ربما لم يبعها إلاّ بعد السنة. فقال: هذا شك ولا يضمن بالشك إلاّ لو ثبت أنه حازها سنة ثم مات ولم توجد في تركته لم أشك حينئذٍ أن [84 ـ أ] الضمان يلزمه وهذا ضعيف، واعتراض المعترض صحيح، والحكم للمتصدق عليه بقيمة الصدقة واجب في مال المتصدق.

وسئل اللخمي عما تصدق به الأب على ولده الطفل هل يفتقر إلى حيازة ومعاينة البينة للهبة فارغة من شواغل الأب إن كان بعضها يسكنها الأب أو إشهاده بالحيازة كاف؟ فقوله: إني حزت ذلك من غير حضور بينة في الدور والجنات وغيرهما، وهي كثيرة النزول.

فأجاب: حيازة الأب على ولده إن كانت جناناً أو أرضاً غير مغتلّ فالقول بحيازته كاف ودار السكنى لم تجز إلاّ بمعاينة البينة للحيازة وهي فارغة من شواغله، وإن كانت دار غلة أجزأه القول إذا كان الكراء غير وجيبة وإن كان وجيبة لم يجز على قول ابن القاسم، إلاّ أن يتصدق بالكراء مع الرقاب.

وفي الوثائق المجموعة: إذا كانت الصدقة بوظيفة فلا تعقد إذ الصدقة وقعت على الوظيفة لأنها تكون صدقة على أن يقوم المعطى بوظيفتها عامة الدهر وهو مجهول. ونزلت بقرطبة وقضى بعض القضاة بفسخ الصدقة بهذا الشرط وردها ميراثاً، ولكن سكت عن هذا إن كانوا صغاراً فإذا بلغوا خُيِّروا في قبول الصدقة بهذا الوظيف أو ردّها لو كانوا مالكين لأمرهم.

قلت: بعد انعقاد الصدقة وعرّف المتصدق عليه أن على المالك المذكور عشوراً من الطعام وهو كذا أو غيره في كل عام والتزمه بعد معرفته بقدر ما التزمه من ذلك معرفة أحاطت به. وكذا إن كان في الصدقة عيوب مثل ما تقدم في الكبار والصغار.

ابن عات عن تعقب ابن رشد: ينبغي أن تجوز الوصية لأن هذا ظلم يؤخذ به الناس، وليس كأرض الصلح والجزية، وإنما هو كالعيب فلا يضر اشتراطه في عقد الصدقة.

قلت: ما قاله في الوثائق هو الجاري على قول ابن القاسم وما اختاره في التعقب هو الجاري على أصل أشهب، وقد تقدم هذا الأصل في أرض الجزاء قبل هذا من هذه المسائل.

قال فلي الوثائق [من تصدق][1] على **[84 ـ ب]** مساكين أو مسجد بملك موظف، نظر القاضي في ذلك: فإن كان قبوله بوظيفة نظراً للمسلمين والمسجد قَبِلَهُ، وإن كان عدم نظر فسخ ورد لصاحبه. وكذا الأب إذا تصدق لمن إلى نظره بملك موظف فإنه يُنظر له بما فيه نظر أم لا؟.

---

(1) لإضافة يقتضيها المعنى.

قلت: تقدم حبس أرض الجزاء وقبول أيمة المساجد له أو عدم قبولهم وأن أمرهم إنما هو للقاضي. وقد تقدم بعض مسائل وقعت عصرية وطلب الأيمة بالجزاء واحتجاجهم أنهم إنما دخلوا على الإجزاء، وأن لهم رد ذلك لربه.

وقد جرى لي في بعض مسجد رددتُه لربه عن إذن القاضي وفتوى المفتي وأبى القاضي أن يسرّحه لربه فرددتُه بعد زمان وخراب، وتحيّلتُ في رده على هيئة أخرى حتى عافاه الله من الطلب، ولله المنة.

ابن الحاج: من تصدق على ابنه بدنانير وحلي ولم تعاين البينة حوز الهبة الذي هو من تمامها ثم توفي الواهب وهي في يد الموهوب له فيدخلها الخلاف الذي تقدم من المدونة لاحتمال قبضه إياها في مرض الواهب أو بعد موته، ولو مات الواهب وهي في يديه بطلت.

ابن سهل عن ابن عتاب: اعترف في ما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه ووهبه الأب واحتازه ولم يخرجه من يده إلى غيره. وفي المدونة لابن القاسم ما يدل على جوازه.

قلت: في سماع ابن القاسم الذهب والورق وكل ما لا يعرف بعينه بعد الغيبة عليه من مكيل وموزون مطعوم أو لا، أو غير مكيل كاللؤلؤ والزبرجد لا ينفع فيه حوز الأب. وروى مطرف: إن صرفها بحضرة البينة وختم عليها بخاتمه ورفعها عنده ووجدت كذلك بعد موته، ولو لم يختم عليها البينة، وخَتْمُها أحسن. وهو قول ابن الماجشون وابن نافع والمدنيين.

اللخمي: التبر ونُضار الفضة كالعين يجري على الخلاف، وكذا اللؤلؤ والزبرجد والكتان. عن مالك: الطوق والسوار كالعرض. وفي سماعه: لو تصدق على ابنه بعبد موصوف في ذمة رجل صح قبضه أو لا. ولو تصدق عليه بدنانير [85 ـ أ] دَيْناً على رجل ومات الأب وهي بيده صحت لأنها قد حيزتْ كالدار يحوزها عنه السنة فأكثر ثم يسكنها ويموت فيها فهي ماضية، وكل صدقة حِيزتْ مدة فهي جائزة.

ابن رشد: لا يشترط في الدنانير بقاؤها في ذمة الأجنبي سنة لأنها لم تزل محوزة عنه. الباجي: إن تسلّف الدنانير الدين بعد حَوْزها لم تبطل. وعن الشيخ أبي بكر: إن ختم المكيل والموزون بعد وضعه في شيء وأشهد صح حوزه لأنه حينئذٍ يتميز كالعبد. قال شيخنا الإمام: انظر هل يؤخذ من قوله يتميز كالعيدان وزكائب[1] الكتاب ومراود النِّيلج[2] ونحو ذلك إذا بيعت كذلك على الوزن إنها مما يعرف بعينه يستحقها بائعها في الفلس بالبينة عليها بعد الغيبة عليها ومفارقتها البينة أولاً لأنها من جملة الموزون. وهذا على قول المدنيين في الدنانير ظاهر وعلى قول المصريين يحتمل أن يقوله في كل مكيل وموزون ومعدود ويحتمل أن يفرق بأن الدنانير لا تتعيّن بالعقد وهذا يتعيّن بالعقد اتفاقاً.

قلت: الذي اخترته في صدقة شيخنا المذكور بعد وفاته ـ رحمه الله ـ ما قدمه أولاً، وقلت إن الزكائب تُقام الشهادة عليها في الغيبة، وكذلك لأنها مطبوع عليهما طبعاً لو أزيل فلا يمكن رجوعه لما كان عليه أبداً. وسألت عن ذلك أرباب المعرفة من التجار حينئذٍ فقالوا: ذلك خلاف ما اختاره صاحبنا قاضي الجماعة حينئذٍ وألّف عليه نحو الورقتين. والمسألة مذكورة في الأمهات مشهورة بين المتقدمين والمتأخرين، ولا شك أن هذه المسألة الواقعة تقام الشهادة على عينها بما تقدم.

ابن الحاج: في من وهب لابنته الصغيرة أحمالاً لاكاً[3] ولم تعاينها البينة ثم أشهد ببيعها لها وتسلف ثمنها وأدخلها في منافعه.

فأجاب: الهبة مردودة حيث لم تعاين البينة الهبة ولو عاينتْها لصحت ووجب ثمنها عليه في ذمته وتؤخذ من تركته ولو عاينتها البينة **[85 ـ ب]** حين البيع لكان أقوى في الهبة.

ابن سهل عن ابن زرب: من تصدق على ابنه الصغير بدنانير له على رجل

---

(1) جميع زكيبة، وهي الغرارة يوضع فيها الكتان وغيره.

(2) مادة شحمية توضع على الوشم ليخْضرّ.

(3) اللاك: مادة للتلوين.

وقال ذلك الرجل: أشهد أنها عندي وأني حُزتُها للمتصدق عليه، ثم مات الأب، فذلك نافذ للابن إذا علم أن الدنانير كانت عند الرجل المتصدق قبل الصدقة أو عاين الشهود قبضها وقت الصدقة. وإن كان لم يعلم أن للمتصدق عليه دنانير ولا عاين الشهود قبضها بطلب الصدقة ولم ينفع إقراره بقبضها وقت الإشهاد، وتؤخذ الدنانير وتكون ميراثاً.

ابن عات عن ابن عيشون: وإن ترك السفيه الصدقة بيد مَن وهبه بعد أن أنس رشده حتى مات الوصي بطلت الصدقة إذا تصدق هو بعد أن تصدق بها هو عليه، وكذلك الابن إذا تركها بيد الأب حتى مرض أو مات، وكذلك الوصي في يتيمه، وذلك إذا علم بها وإلاّ لم يضره وقيل لا يضره على حال، وهو حسن، وهو خلاف صدقة غيرهما. وهِبته إذا احتازها الأب أو الوصي ذلك جائز.

وعنه حكى ابن يزيد في من قال لابنه: اعملْ في هذا الموضع كرماً أو جناناً أو ابْن فيه داراً. ففعل الولد في حياة أبيه والأب يقول كرم ابني وجنان ابني، أن القاعة لا تستحق بذلك وهو مورث، وليس للابن إلاّ قيمة عمله منقوضاً. قال: وأما قول الرجل في شيء يعرف له هو كرم ولدي أو دابة ولدي فليس بشيء ولا يستحق منه شيئاً الابن، صغيراً كان أو كبيراً إلاّ بإشهاد بصدقة أو عطية أو بيع، وكذلك المرأة. وقد يكون مثل هذا كثيراً في الناس فليس بشيء في الولد ولا الزوج. ابن حدير: في من تصدق على ولده الصغير بدار وبقي يسكنها حتى عاوض بها داراً أخرى وبقي يسكنها حتى توفي فقال جميعهم: نرى أن المعاوضة حيازة للصغير ولا يضر اعتمار المتصدق للعروض ولا الصدقة إذ قد خرج إلى المعاوضة فيها.

وفيه سئل بعضهم عمّن تصدق على [86 ـ ب] ابنة له ذات زوج بفدان من أرضه فعمر زوج المرأة الفدان في حياة المتصدق ثم توفي وشهد عدلان على الصدقة ولا يعرفان الفدان إلاّ ما أشهدهما المتصدق على حدوده وشهدا عندهما بعمارة زوج المرأة الفدان في حياة أبيها وصحته ويعرفان الفدان دون الصدقة، فهل اعتمار الزوج في صحة الأب حيازة أم لا؟.

فأجاب: إن لم تقم بينة بأن المرأة أمرتْ زوجها بالحيازة لها ففي ذلك اختلاف. فابن الماجشون يرى جوازه، وأصبغ لا يراه إلاّ بتوكيل المرأة على ذلك. ونزلت واختلف فيها عندنا وقضي بإنفاذ الصدقة. ولا تبال إذا عرف الفدان عند الأب شهدوا على الصفة فذلك جائز.

وسئل ابن رشد عمن أشهد في صحته أنه استقر بيده عدد ذهب لابنتيه فلانة وفلانة من جدهما فلان هبة لله تعالى، وأنه ابتاع لهما من نفسه جميع الدار المذكورة نحلة انعقد عليها النكاح، ثم بعد نحو من عشرة أعوام زوّج الصغرى ونحلها داراً هي خير من نصف الأولى وثياباً وأمتعة، ثم أوصى عليها عند حضور وفاته ابنته الكبرى وزوجها وهي محجورة وتوفي فألغيت وثيقة الدار المشتركة في تركته، فأثبتها زوج الصغرى وقام بطلب التركة في الدار، فقالت الكبرى أبوها نحلها جميع الدار وفاتت بطول الزمان، وإن أباها لزمته القيمة في النصف للصغرى وتركها تؤدى منه إن زوجت وأبرز لها داراً وثياباً وأسباباً وأنفق عليها حتى أبرزها زوجها، وهذا أضعاف قيمة نصف الدار فإن لم يثبت تصيير الجد لهما للذهب المذكور فما الواجب في ذلك؟.

فأجاب: إذا لم يثبت استقرار الذهب المذكور على الجد إلاّ بقوله فهو ساقط ويكون هو الواهب لابنته الدار المذكورة. فإن لم يزل ساكناً فيها حتى صيّرها للكبرى بطلت الهبة وصحت للكبرى، وإن لم يسكن فيها مضى جميعها للكبرى ولزم الأب نصف قيمتها يوم النحلة [86 ـ ب] هذا ما أقول به وأتقلّده في ما قيل في ذلك.

ابن الحاج: من تصدق بملك على ولده الكبير فإذا مات صارت للمرضى ملكاً، فعاش الولد وقتاً ومات قبل القبض فجاء المرضى يريدون قبضها فامتنع، فإنه يجبر على دفعها إليهم. وهي جارية على الصدقة على قوم معينين أو غيرهم بيمين أو لا، فإن كانت لغير معينين أو معينين بيمين لم يُجبر على دفعها، وإن كانت لمعينين في غير يمين جبر على دفعها، وإن كانت بغير يمين لغير معينين فقولان في حبس المدونة. والهبات منها كهذه المسألة يقوى في هذه جبره على

دفعها، لأن المرضى إنما ينتقل إليهم من معين فأشبه ما لو عُيّنوا.

قلت: هذا جار على المعروف من المذهب أنها تلزم بالعقد.

ابن زرقون: قال المازري: للواهب الرجوع في هبته قبل حوزها عند جماعة، وهي قولة شاذة عندنا، وحكاها الطحاوي عن مالك وابن خويز منداد كذلك. ونقل ابن رشد الاتفاق إذا كانت لمعين دون يمين أنه يقضى بها، وعلى غير معين فيها لا يقضى بها. ابن رشد: في القضاء بها قولان على اختلاف الرواية فيها، وعلى معين في يمين أو تعليق فيها لا يقضي بها. ابن رشد: هو المشهور.

ولمحمد بن دينار: من تسرّى على امرأته وقد شرط لها إن تسرّى عليها فالسرية لها صدقة تامة ثم أعتقها بطل عتقه وكانت لها، وهو خلاف المشهور. وكذا قول ابن نافع: من شرط لمبتاع سلعة إن خاصمه فهي صدقة عليه فخاصمه لزمته الصدقة. إن حمل الزوج على القضاء بها فهو مثله وصرح به ابن زرقون عنه وعن ابن دينار. وفي القضاء بالمعلق باليمين بغير معين، نقل ابن زرقون عن أصبغ.

ابن الحاج: إذا تصدق على مسجد بعينه بصدقة أجبر على إخراجها كما لو تصدق على رجل بعينه، قاله ابن زرب. وعن أحمد بن عبد الملك: يؤمر بذلك ولا يجبر: ووقف فيها المعطي.

وسئل البرجيني عن رسم مضمنه أن فلاناً أشهد على نفسه في صحته وجواز أمره أن أخته فلانة متى حضرت وليمتها فلها في ماله كذا وكذا ديناراً. ابن مسلمة كذا وإن مات قبل وليمتها فهي وصية لها من ماله، وإن [87 ـ أ] ماتت هي قبل ذلك فلا شيء لها من مالي سواء كنتُ حياً أو ميتاً، فأوجب ذلك على نفسه على الشروط المذكورة، والتزم عدم الرجوع في هذه العطية بعد أن عرف باختلاف أهل العلم فيها، فالتزم قول من قال بوجوبها في أواخر شعبان عام أحد وعشرين وسبعمائة (سبتمبر 1321 م) ثم توفي بعد أعوام. فقام من يطلب هذه الدنانير فأظهر ورثته رسماً وصية مؤرخ أحدهما بعام ستة وعشرين والآخر بعام

سبعة وعشرين. ذكر في كل أن هذه الوصية من العقود الجائزة في الشرع، فله الرجوع، بخلاف التدبير فهو من العقود اللازمة، فإذا التزم بالوصية عدم الرجوع صار من العقود اللازمة كالتدبير. ولو قال في التدبير: قصدتُ أن أغيره وأرجع إلى ما يثبت لكان له ذلك، إذ لم يُقِمْ على عقد التدبير بينة.

ولأبي عبد الله بن أبي مسلم بعد كلام ذكره في نحو هذا: اختلف العلماء في التزام ما حكمه عدم اللزوم، مثل رفع ضمان ما غُيب عليه من العواري والرهان والرجوع عن وصية التزمها وكان له الرجوع فيها، والتزام الزوج عدم خروجها من بلدها أو دارها ونحو هذه المسائل. فالمشهور أن الشرط لا يغير ما يثبت من الأحكام، وقيل: هي من حقوق الناس ولا حق لله تعالى. فما ألزموه أنفسهم منه لزمهم.

وأجاب البرقي عن ذلك: إذا ألزم نفسه الموصي عدم الرجوع ثم نسخها بعد ذلك فاضطرب المتأخرون فيها، وعدم رجوعها هو رأيي.

وأجاب ابن البراء: إن ما أشهد به على نفسه من عدم الرجوع فلا رجوع له. قاله المتأخرون من المالكية كالتدبير، ثم جلب مسألة كتاب المدبّر وما للتونسي في تعليقته هناك، وقد تقدم.

وأجاب ابن الضابط: للموصي الرجوع عن وصيته لأنها ليست بإيجاب ولا إيعاد وإنما هي وعد بعد الموت فله الرجوع عنها ما لم يلتزم عدم الرجوع، فيخرج عن حكم الوعد وتلزمه. وقوله: للموصي الرجوع عن وصيته إلى آخره يريد في غير العتق، والعتق على ثلاثة أوجه: فبعد السفر والمرض له الرجوع وإن ذكر التدبير فليس له رجوع.

[87 ـ ب] واختلف إذا قال ذلك وهو صحيح مقيم، فحمله ابن القاسم على الوصية وأشهب على التدبير. اللخمي: ولا فرق أن يعلقه بموته أو موت فلان أو إلى سنة، والأول أحسن للعادة أيضاً فيه، وذكر كلامه اللخمي إلى آخره.

وسئل أبو القاسم بن مشكان عمن شرط في وصيته الرجوع فيها.

فأجاب: عن محمد بن مسلمة في المبسوط أنها والتدبير سواء، فإن أوجبها فليس له رجوع وإلاّ فهو وعد صحيح وله الرجوع عنه. قال إسماعيل: يريد ابن مسلمة أن الوصية ليست بإيجاب لأنه أمر أن يفعل بعد موته ولم يوجبه، فله الرجوع. والتدبير إيجاب بعد الموت، فأشبه قوله: إذا جاء شهر كذا فأنت حر فهو إيجاب، غير أن هذا معلوم والتدبير مجهول اتفقا في الإيجاب واختلفا في الوقت. وعن أبي عمران الفاسي في قوله فيها: والوصية بالعتق عدة المسألة، وقال ﷺ «علامة المنافق ثلاث» فكيف يصح إخلافه. فقال: إنما هو وعد بشرط وجود الموت ولم يغيّر وصيته، لأن من الناس من يشترطه، ومن لم يشترطه فالكلام مجهول عليه للعادة، وغير المعلق بشرط هو المذموم. وقوله: هذا يدل على أنه إذا نقل ذلك فلا رجوع له عنه.

وللتونسي في التعليقة: إذا قال في وصيته لا رجوع لي فيها، أو فهم ذلك عنه فهو كالتدبير، ولا رجوع ولعلهم فهموا معنى التدبير على هذا. وحكى المازري عن أصبغ قال: التدبير والوصية سواء إن شرط في الوصية عدم الرجوع فهو كالتدبير. وإن شرط في التدبير الرجوع فهو كالوصية.

وفي الوثائق المجموعة: إذا أوصى بوصية والتزم أن لا يفسخها بما يحدث بعدها بوصية وهي ناسخة لما تقدمها، فإن عهد بعدها بوصية وقال: إنها ناسخة لما قبلها فلا تنسخ بما تقدم لعقده على نفسه عدم الفسخ بما يحدث بعدها، وهذا في وصية جائز الأمر. وأما السفيه إذا دبر فحكى الطابثي فيها خلافاً: هل له الرجوع؟ ويجري عليه إذا قال الصبي في وصيته لا رجعة لي فيها. ووقع في سؤال الشيخ أبي الفرج: إذا أعلمت السفيهة أن لها الرجوع في [88 ـ أ] وصيتها فالتزمت عدم الرجوع فلا رجوع لها. وهو جار على أحد قوليْ الطابثي اللذيْن حكاهما.

قلت: كان يتقدم لنا عدم اللزوم في مسألة التزام عدم اللزوم في الوصية من مسألة إذا قال لها أنت طالق ينوي أن لا رجعة لي عليك من مسائل التعليق في الأيمان. ويؤخذ اللزوم من مسألة كتاب المدبر، وبعضهم يفرق بين الوصية

بالعتق فهي كالمدبر وبين غيره، فلا يلزم.

ومنه ما سئل عنه ابن شعيب وهو قاض بفاس على رسم مضمنه الشهادة على فلان قبل موته بشهر إن ضعف عقله وقلّ ميْزه وفهمه، ولم يزل عليه إلى أن مات، ما قيد عنه في بعض وصاياه من عدم الرجوع في الوصية أنه نقص فهمه وعقله من فهم هذا الكلام ومعرفته إلى أن توفي. فهل له الرجوع عن وصيته بعد إشهاده بعدم الرجوع أم لا؟ وهل تصح وصية مَنْ هذه حاله أم لا؟.

فأجاب: يسأل عن ضعف العقل وما ذكر معه فإن أراد وصفه بالسفه فوصية السفيه جائزة، وإن أراد أنه مصاب في عقله فوصيته مردودة إلاّ أن يعتريه المرة بعد المرة فيلزم في حالة العقل دون عدمه. وأما التزام عدم الرجوع فالمنقول لزومه بناء على أن الأصل الرجوع. فالتزامه عدم ذلك خلاف الدليل، وأن الأصل في القود اللزوم فخرج عن هذا الأصل الوصية لموجب، فإذا التزم عدم الرجوع رجع إلى الأصل، وخلاف ذلك مصادم للأصول.

وأما ما حكاه من تدبير السفيه والصبي من الخلاف فأشار إليه ابن الحاجب، وتُعُقِّب بأنه خطأ إذ لا يلزمه ذلك إلاّ أن يكون قصد التنفيذ من الثلث فيكون من الوصية التي يصح فيها الرجوع. وقد نص ابن شاس على نوع من هذا، وقد تقدم في مسائل الفتوى: إذا التزم مذهب إمام في مسألة وصية أو عموماً، وتقدم إذا قال: إن فعل كذا لزمه كذا يجبر عليه ويقصر وأنه ضعيف وهو جار على هذه الأصول التي قدّمناها فافهم.

ابن الحاج: في من تصدق على رجل بجميع أملاكه [88 ـ ب] وحازها حيازة صحيحة كما يجب. وبعد عامين قام قائم من جهة المتصدق فأثبت أنه كان في وقت الصدقة[1] في ذهنه سفيهاً في جميع أفعاله ممن لا تجوز له الصدقة في ماله، وأثبت المتصدق عليه أنه كان في حين الصدقة صحيح العقل ثابت الذهن ممن يجوز فعله.

---

(1) بياض بمقدار كلمة بالأصول.

فأجاب: الصدقة بالأملاك جائزة إذا أجازها على ما وصفت لا يوهنها ما ذكرت من إسفاه المتصدق إن شاء الله.

قلت: تقدم نظائر هذه المسألة وأن فيها ثلاثة أقوال: هل يعمل بالسفه أو بالرشد أو الترجيح بالأعدلية؟ ومنه إثبات الصحة والمرض والعقل وعدمه والإسفاه والترشيد إلى غير ذلك، وهو جار على مسائل من أثبت ونفى. والذي فيها مسألة السرقة بالقيمة وإثبات الولاء والرقّ. وعارضها إثبات البيع وعدمه واختلاف الموازين في باب الاقتضاء، إلى غير ذلك من النظائر.

وفيه: من وهب ابناً له وهو بغرناطة داراً بقرطبة ولم يحزها، فأفتى ابن عتاب بجواز الهبة، وبه قال ابن مالك. وقال أبو عمر: والهبة لا تجوز، وبه قال ابن رزق قال: وما قاله ابن عتاب خلاف الرواية، وإنما خشي ابن عتاب إن أفتى بإبطال الهبة أن يأخذها ابن السقاء فيعطيها للجند.

قلت: الذي أشار إليه من مخالفة الرواية هو له.

وفيها: من تصدق على رجل بأرض فقبضها وأراد حيازتها فإن كان لها وجه تحاز به من كراء تملك أو حرث تحرث أو غلق تغلق عليها. فإن أمكنه شيء من ذلك فلم يفعله حتى مات المعطي بطلت وإن لم يفرط، لأن لها وجهاً تحاز به. وإذا قلت في الأرض الغائبة قد قبلت، فلا شيء له. وإن كانت أرضاً قفارا مما لا تحاز بغلق ولا فيها كراء تملك ولا أتى لها إبان تُزرع فيه وتمنح أو يحوزها بوجه يُعرف حتى مات المعطي فهي نافذة للمعطى، وحوز هذه الإشهاد. وإن كانت داراً حاضرة أو غائبة فلم يحزها حتى مات المعطي بطلت، وإن لم يفرط، لأن لها وجهاً تحاز به. وإذا قلت في الأرض الغائبة قد قبلتُ وقبضت لم يكن ذلك [89 ـ أ] حوزاً. وقيدنا عن شيخنا الإمام أن مذهب المدونة في الأرض غير معمول به في الرهن والهبة، ولا بد من التطوف عليها بمعاينة البينة وإلاّ بطل الرهن والهبة.

ابن عات: إن تصدق على رجل بصدقة ثم غاب قبل الحيازة أو فُقِدَ فقام المتصدق عليه بقبض الصدقة إنها توقف فإن رجع قضي عليه بذلك. وكذلك لو

علم أنه صحيح وقت قيام القائم عليه، وإن لم يرجع ولا علم أمره فهي مردودة إلى الورثة، لأنه لعله مات أو مرض. وقد قيل: وإن عُلِمتْ صحته لم يقض له بشيء لأنه لا يعلم ما لحقه من دين إذ الفلس يردها ما لم يقبض، كما أن مال المفقود لا يزكى لما يخاف عليه من الدين ولا يعلم ما لحقه، والقولان في الواضحة.

وسئل أبو العباس المروزي عمن تصدق على ولد ابنه الصغير بقرية وسلمها وربع البئر والماجل والمرحاض فذلك كله من الدار صدقة مستوفاة الشروط حازها والده لولده الصغير بمعاينة شهوده في صحة الواهب وجواز أمره، وكمل الرسم على أتم وجوه الصدقات، وتاريخها في شهر رجب عام أربعة عشر وخمسمائة [1120 م] وتحت رسم الصدقة وثيقة بأن شهودها يعلمون المتصدق معرفة اختبار وتداخل واطلاع على جميع أحواله، وأنه ممن ظهر عليه خَرَف الكِبَر وتغيّر عقله وميْزه، وانحلت أحاديثه ولا يثبت منها على واحدة بل يأتي بالشيء وضده لغير علة توجب ذلك، ولا يستقر على حالٍ يعرف فيها أنه قد حضر ميزه ولا يأتي إليه عقله بل هو في عدم الميز والاختلال ما علم شهوده انتقاله من قبل تاريخ رجب المذكور إلى حين شهادتهم للقائم بذلك، وذلك في جمادى الأولى من سنة خمس عشرة وخمسمائة. وتحت هذا بخط القاضي شهد بذلك شهود الصدقة من أهل الحاضرة وجيران المتصدق، وشهود عدم الميز من أصحابه من أهل البادية مترددين إلى الحاضرة، والمتصدق بدوي الأصل، فهل تعمل بشهادة الأولين أو الآخرين؟.

فأجاب بخطه: الشهادة صحيحة وشهادة أهل [89 ـ ب] البادية ضعيفة لقولهم إنه لا ينفك عن هذه الحال وهم غير ملازمين له، وقد يخفى عن أهل الحاضرة، وإن قالوا يعتريه وقتاً دون وقت فلعل الشهادة بالصدقة وقت الصحة، فالصدقة جائزة إذ لا تتضادّ الشهادتان، هكذا يظهر، والله أعلم.

قلت: تقدم من كلام ابن الحاج وغيره ما يؤيد هذا.

وسئل المازري عن كبير السن ذاهب الميْز لا يعرف ولا يميّز، له ابنة تقوم

بجميع أموره، وله دار وبنون ثلاثة بين بعضهم عداوة ومشاررة لا يقدرون على السكنى في الدار معها مجتمعين، من يخرج منهم ومن يبقى، وقد تصدق الأب في صحة عقله على ولد منهم منفرد بغرفة، فأراد ابنه السكنى فيها وبينه وبين أخته وأخيه المشاررة المذكورة، فهل يمكّن من ذلك أم لا؟.

فأجاب: إذا وجب حجر الأب لانحلال عقله نظر له القاضي في الدار المصلحة، وكذا سائر ماله. فإن رأى له إخراج من لا سكنى له في الدار من أولاده أخرجه إذا كان بقاؤه يُلحق من ينتفع به الأب ضرراً. وأما الغرفة فإن ولده ينظره لولده إن كان في حجره وليس له سكناها باطلاً، بل إن ثبت من الصلاح إكراؤها فعل ذلك، ومتى أضر بإخوته عوقب على ذلك، وإن لم ينته أخرج وأكريت عليه.

وفي سماع عيسى: من تصدقت بعبد أو غيره في صحتها فذهب عقلها قبل حوزه فحوزه باطل كموتها. ابن رشد: هو كالمرض ورجوع عقلها كصحتها. ولابن حارث: قال سحنون وابن عبد الحكم يقضى عليه بدفع الصدقة وهو كالصحيح. ابن حارث: إن كانت حالته بما عرض له حالة مريض لم يُقْضَ عليه بالدفع، وإلاّ قضيَ عليه، وهو معنى قول سحنون وابن عبد الحكم. وفي السماع المذكور: أيُحَاصّ بها الورثة أهل الوصايا كما يحاصوّن بالوصية لوارث؟ ابن رشد: لأنه لم يرد كونها من الثلث، وفي الوصية لوارث أراده. وفي دخول الوصايا فيها سماع عيسى عن ابن القاسم في الوصايا وهذا السماع مع الموطإ أو رواية ابن وهب بناء على ترجيح عدم تحويزه في صحته على علمه ببقائها على [90 ـ أ] دلالة تحويزه في مرضه على إتمام فعل صحته ليكون من رأس ماله أو العكس.

قلت: ذكره شيخنا في مختصره ولم يذكر قول أصبغ، وهو إن كان يظن أن الحوز ليس بشرط فلا يدخل فيه وصاياه، وإن كان لا يظن ذلك فتدخل وصاياه، وذكره ابن سهل واتبعه المتيطي في الحكاية، وأفتى ابن عتاب بظاهر السماع.

ووقعت في تركة شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ في بيت داره كان فيها كتان وغيره من اللآّك ونحوه وحوّزه لبعض معارفه بمعاينة البينة، فلما توفي وُجدت المفاتيح في بيته ووجد فيها بعض أسبابه من كتب وغيرها، فجُعل فيها مجلس بحضرة أمير المؤمنين ـ نصره الله ـ أبو فارس عبد العزيز، فقال بعض أصحابنا: إما أنه كمال لم يعلم به فواضح، فظنَّ بطلان الصدقة وحكم بأنه لا تدخل فيها وصاياه. فقلت له: ما ادعيتَ أنه واضح فليس بواضح، والرواية عندي بذلك، وأشرت لما في السماع. ولا يدخل قول أصبغ إذ لا يظن سيدي الشيخ جهل هذا. فما أجاب إلاّ بقوله: حملتُ عليه النسيان. وأفتى قاضي الجماعة بأنها يمضي منها الثلث، وحكم ببطلان الصدقة إذ لا تقام الشهادة على عين الزكائب ونحوها، ووقع التحويز بشهادتهم وكانوا أحياء ومضى لهذه الحيازة سنة فأكثر، وهي تحت يد الناظر وجب صرفها لمصارفها. فإن وُجدت أخذها الناظر، وإن فُقدتْ وجب أخذها من التركة على وجه الاستحقاق. فقال القاضي: كيف تقدم الشهادة على عينها وقد غاب الشهود عنها؟ واحتج بمسألة التفليس وبأنها قضية وقعت في التفليس في...[1] وحكم الشيخ الفقيه القاضي ابن حيدرة ـ رحمه الله ـ بأنه أسوة الغرماء، فقلت له: ليست كهذه المسألة لأن سبب التصرف فيها أخرجه ببينة وتحويز فيشبه العداء. قد وقع النص في آخر الغصب أن الدنانير فيها تقع الشهادة على عينها مع غيبة الشهود، وبه فرق عبد الحق بينها وبين مسألة التفليس وهو الفرق بين من [90 ـ ب] دخل عليه اختياراً أو اضطراراً. قال: ويحتمل أن يكون سرقة. قلت له: خلاف الظاهر، فقال: أو تصرف فيها الناظر. فقلت له بالحضرة يسأل، فقال: ما تصرفت فيها مع أن سائر الظواهر تقتضي جواز الشهادة على عينها وإن غاب عليها من هي بيده مع أن فيها زكائب وهي مطبوع عليها كما تقدم.

ثم لما حكى القاضي بما اختار ورأى السلطان اختلافنا فيها ميّزَها ثم تركها في موضعها حتى صرفها لما كانت صُرفت إليه من كونها على أهل

---

(1) كلمة غير واضحة بالأصول.

الحرمين، وجعل بيعها واستخلاصها وصرفها ووصولها على يدي الشرع ولم يدخل فيها يداً. فأثابَهُ الله بالحسنى وجازاه عن نفسه وعن رعيته خير جزاء.

والمرض كالموت، قاله في غير كتاب منها، وكذا إحاطة الدين قبل الهبة، وأما بعدها وقبل الحوز ففيه قولان للأخوين وأصبغ حكاهما الباجي بناء على اعتبار يوم الجزاء والعقد. وما حِيزَ في مرض موت معطيه ففي إبطاله أو إمضاء ثلثه أو جميعه من الثلث ففيه ثلاثة أقوال: الأول مذهب المدونة وسماع عيسى. انظر ذلك مع مسائل من هذا الباب في الشرح.

وسئل ابن خلدون عمن تصدق بداره على أولاده الثلاثة بالسوية بينهم وحازوها، ثم بعد ذلك تصدق عليهم بالعلو المتعلّي عليها واستثنى لنفسه بيتاً من الدار، ورضوا بذلك كله وحازوها، ثم تصدق بعض الأولاد على أولاده بنصيبه من الدار ثم باعه عنهم لدين كان عليه لأجنبي وقاصّه بذلك. ثم قام بعض الأولاد المتصدق عليهم ثانياً وطلب رد البيع عنه وعن أخيه الصغير، وذلك بعد رشده. فهل له مقال في إبطال بيع أبيهم أم لا؟ وهل الصدقتان ماضيتان أم لا؟.

فأجاب: الصدقة الأولى صحيحة بتحصيل شروطها، والثانية كذلك وهي تأكيد للأولى. وأما صدقة العلو وما انضاف إليه من استثناء البيت وتسليمه فإنه يلزم في حق من حضره، وفي حق من غاب أو كان محجوراً فإنه ابتداء إعطاء فلا بد من رضا المعطي المحوز عليه، وبيع الثلثين يجري في جميع [91 ـ أ] الدار من غير استثناء لإقرار من حضر بملك ذلك من غير استثناء إلاّ أن تشهد بينة عدلة أن المراد في الصدقة بما عدا البيت، فيكون الكاتب أخطأ في ترك التقييد في محله حيث أطلق ما يجب تقييده، وهذا من جهلهم بمواقع الألفاظ وعدم معرفتهم بما تقوم به الأحكام. وقيام المحجور على أبيه غير مقبول وفعله عليه ماض إلاّ أن يثبت إتلافه عليه في غير منفعة، وإن كان بيع النصيب في غلاء ومسغبة وباعه للحاجة ولا وجود له إلاّ هو وباعه لإقامة الرمق فهو ماض لا متكلَّم فيه ولا اعتراض.

وسئل عمن ورث حصة من جَنَّة فوهبها لولده الصغير هبة سلط عليها الاعتصار وحازها من نفسه لولده، ثم قام بعض مَن شركه في المورث يتضرر بالشركة فأثبت الوفاة والملك وأنها لا تنقسم فنودي عليها وبيعت عن إذن القاضي، فباع الواهب النصيب عن نفسه وهو فقير، وصفة تسليمه والذي باعه فلان المذكور عنه كذا وكذا أسهماً بكذا وكذا من الثمن، وأعذر إليه في جملة من أعذر من الورثة فاعترف بأن لا حجة له ولا مدفع، وحكم بصحة البيع. ثم قام الأب الواهب المذكور بنقض البيع في الحصة من هبة الولد والشفعة في الباقي لزعمه أنه باع عن نفسه لا عن ولده متعدياً في ذلك. فهل له حجة أم لا؟ لأن بيعه عن نفسه بيع عن ولده. وهل يعتبر كون الأب مَلِيّاً أو معدماً؟ وهل يقبل قوله بعتُ عن نفسي أو لا بد من الشهود على ذلك؟.

فأجاب: هذا البيع يبنى على أمرٍ به يتضح السؤال عنه، وهو أنه لا يبيع الحاكم إلاّ ما ثبت ملكه للشركاء وأنه لا ينقسم. فمن ثبت ملكه وبيع عليه فهو المالك، ولو قام بعد ذلك وأتى بحجة مقبولة وعرف ذلك وقت البيع ولم يقم بها لم يقبل منه. وإن أتاه بما لا يعرف قبل. وبهذا يتضح أن لا حجة لهذا المتلاعب إلاّ ما ذكر.

قلت: ظاهر هذا الجواب أن بيعه عن نفسه اعتصار.

وذكر ابن الحاج في ذلك خلافاً، فقال: رجل [91 ـ ب] وهب لابنته الصغيرة داراً واحْتازها. وبعد ذلك صيّرها لها ملكاً بمائة مثقال قبضها لها من غزْل غزلته وغير ذلك. فالتصيير اعتصار وتكون الدار للابنة.

وأجاب غيره: بأنه تصيير ويحتاج فيه إلى معرفة ما أخذه عوضاً عن الدار في نسبة المال إليها، مثل المعرفة بأن الابنة تغزل الغزل الذي يتأتّى منه مثل هذا المال كغزل الذهب، أو يعرف أنها ورثت عن أمها أو غيرها مالاً، فإن لم يعرف ذلك فالتصيير اعتصار، وهو كهبة أخرى يفتقر فيها إلى الحيازة ثانية، ويكون ذكر الذهب لغواً وكأنه قصد إلى تحويل الدار عن الهبة إلى البيع ليسكنها ولا يحتاج إلى حيازتها.

وفيه أيضاً: قول البائع في كتاب التبايع حاكياً عن الأب الواهب لم يستثن البائع فلان لنفسه شيئاً من الأملاك المذكورة حقاً ولا ملكاً إلاّ وباعه من فلان، ليس باعتصار بما وهب. وليس هذا مما تخرج به الهبة من يد الموهوب حتى يشهد الأب بالاعتصار أو ما يجانسه من ألفاظ الاسترجاعات مما يرفع. لا سيما وفي أصل العصرة اختلاف، غير أن مالكاً أباحها للأب لما جاء في ذلك من الأحاديث عن النبي ﷺ، وإيجاب العصرة بلفظ محتمل يتسلط عليه التأويل لا يصح. ولمعنى آخر أن قوله لنفسه يحتمل أن تكون الأم هنا موضوعها اليد والتصرف لا الملك وهو أحد مواضعها في اللغة. وأيضاً فإن ملك الدار محققاً بنفس الهبة فلا يجوز إخراج ذلك إلاّ بما تخرج به الأملاك من الوجوه الجائزة لقوله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلاّ عن طيب نفس» ولعل العاقد أيضاً كتب هذا اللفظ من عند نفسه، وكثيراً ما يُفعَل هذا. فإذا تقرر هذا فلم يبق إلاّ أن الأب باع مال ابنه لنفسه وفيه اختلاف وتفصيل. والذي في سماع أصبغ إجازته والثمن للابن وعليه بنى حُذّاق الموثقين وثائقهم.

ابن فتحون يقول في الحيازة لمن في حجره وحازها الأب بما يحوز به الآباء لمن يكون من أبنائهم إلى أن يبلغ ابنه فلان مبلغ القبض لنفسه إن شاء الله.

ابن عات [[92 ـ أ] عن ابن القاسم: أن يذكر في كتاب الصدقات أن الأب احتازه من نفسه بما يحوزه الآباء لمن يكون من أبنائهم. ورأيي أن السكوت عنه أحسن لأن السنة قد أحكمت أنه القابض لهم.

قلت: تقدم لابن رشد نحو هذا.

قال: وما يقوله إلاّ جهَلّة الموثقين لأن نفس الإشهاد حيازة عند ابن القاسم. ولابن عبد السلام في شرحه لا بد أن يقول: رفع عنه يد الملك ووض عليه يد الحوز وإلاّ فلا يكون حوزه حوزاً.

قلت: والذي أنكر الأول ينكر هذا من باب أحرى ونفس الإشهاد يستلزمه.

ابن الحاج. روى ابن وهب عن مالك: لا أرى أن يعتصر الرجل عند مرضه نحلته.

ابن عات: لبعض فقهاء الشورى: من وهب لابنه الصغير هبة سلّط عليها شرط الاعتصار ثم باعها بعد ذلك باسم نفسه ومات، فإن الثمن للابن في ماله، وليس بيعه باسم نفسه عصرة منه إلاّ أن يشهد عند البيع أو قبله أنّ بيع ذلك اعتصار منه للهبة، وإلاّ فلا. ولا يجوز اعتصارها بعد البيع لأنها قد تغيرت عن حالها.

قال: ولا يكون اعتصار الأبوين للهبة إلاّ بإشهاد.

وقد رأيت جواباً لابن ورد ظاهره خلاف هذا وذلك أنه قال: إذا باع الأب مال ابنه ونفسه إلى نفسه وأفصح بذلك، وكان ذلك الشيء المبيع مما لم يصر إلى الابن من قبل أبيه هبة يجوز اعتصارها فيختلف في ذلك، والأظهر عندي أنه بيع عدّاً ويتعقبه الاستحقاق ويأخذ أحكامها.

قلت: ويجري على ما تقدّم نحوه لابن الحاج. وله عن الأبهري: ويعتصر الدنانير ما لم تحل عن حالها لا فرق بينها وبين غيرها إذا كانت بعينها.

قلت: ويجري على ما تقدم من الشهادة على عينها إن كان المعتصر عليه بالغاً، لأنه يشترط فيه أنه لم يفوّتها ولم ينكح عليها ولم يحدث ديناً. وكذا تنعقد عليه الشهادة أنه لم يفوتها بوجه حتى اعتصرها أبوه وتُعاين البينة الدفع والحيازة كسائر الهبات [92 ـ ب] للأجانب. وأما الصغير فلا يفتقر إلى الإشهاد على العصرة.

ومعنى الاعتصار الاسترجاع، ولا تعتصر الصدقة ولا الهبة إذا ذكر في الهبة أنها لصلة أو توسع أو ابتغاء ثواب الله عز وجل، فإن وقعت بنحلة فللوالد اعتصارها وللأم إذا لم يكن أولادها في وقت هبتها[1] فإن كانوا كذلك صغاراً أو كباراً في ولاية فلا اعتصار لها، واليتيم هنا من قِبَلِ الأب.

---

(1) كلمة غير واضحة بالأصول.

وعن أحمد بن سعيد: تعتصر الصدقة إذا اشترط المتصدق في نفس صدقته على ابنه، ولا يجوز لأحد من الناس ولا الأقارب اعتصار هبة إلاّ الأبوين فقط. وسمعت في الجد خلافاً مشهوراً في الاعتصار والحيازة، قال: ولو وهب لهم غيرهما فلا اعتصار لهما، وكذا ما وهباه لفقير من بينهما فلا اعتصار، لأن من وهب لفقير فقد علم أنه أراد صلته والأجر. ولو وهبت الأم ثم توفي أبوهم بعد الهبة لها الاعتصار إذ النظر يوم عقد الهبة. وكذا لو كان مجنوناً حينئذٍ. ابن عات: يريد وهم قد بلغوا باتفاق، وإن لم يبلغوا باختلاف. المشاور: يريد مذهب المدونة لا بد من اعتصار في حياة الأب من وقت الهبة إلى وقت الاعتصار خلافاً لما في الموازية.

المشاور: وإن نَحلَ الأب ابنه الكبير في عقد نكاحه ونحل معه ابناً صغيراً أملاكاً مشاعة ثم مات الأب قبل بلوغ الصغير نفذ ذلك لهما إن حازها الكبير. وإن لم يحزها حاز نصيب الكبير الذي عقد عليها النكاح لأنه كالبيع الذي لا يحتاج إلى حيازة، وبطل نصيب الصغير وقسم بينهما. قال: وأحبّ إليّ أن ينفذ جميع ذلك لأن عقد النكاح في بعضها كالحيازة لجميعها للاختلاف في ذلك كمن تصدق على كبير وصغير.

قلت: يريد وحاز الكبير عن نفسه وعن الصغير، فإنها ماضية. فإن لم يقبضها الكبير حتى مات الأب أو مرض، ففي المدونة: تبطل في الحبس والصدقة معاً على الكل. وخالف ابن نافع في الصدقة وقال يمضي في الصغير قدر نصيبه [93 ـ أ].

وسئل المازري عمن تصدّق على ابنته بأشياء، قال: فيها أشياء ورثتها عن أمها وأشياء دفعت ذلك من عندي، ولا يتهم في إقراره، وهذه صدقة على البنت وإن الحوائج عارية عند أخيه حين دخولها.

فأجاب: إقراره لها بالحوائج ماضٍ وحوز المستعير لها عند ابن القاسم حوز. وعن بعض أصحاب مالك: لا يصح الحوز إلاّ أن يكونا معاً أو الصدقة قبل. وعلى القولين يصح الحوز في هذه المسألة والصدقة.

ابن عات: عن الكافر إن مات الموهوب له فإن ورثته يقومون في قبض الهبة والمطالبة بها مقامه، وسيد العبد الموهوب له في ذلك بمنزلة ورثة الحر.

قلت: وهذا كله تحصيل مذهب مالك، والمعمول به في ما لم يقبضه الموهوب له ولم يحزه حتى مات الواهب أنه لورثة الواهب، ولا تتم الهبة إلاّ بقبض المعطى لها قبل موت واهبها.

ورُوي عن مالك أنه إذا شهد الواهب على نفسه بالهبة حُكم لورثة الموهوب بها إذا طلبوها، والأول هو المعمول به عند جمهور المالكيين. وللمازري في المعلم القولان، وهذا القول شاذ في المذهب ولم أرهُ لغيرهما.

قلت: وأخذ ذلك منها في الطرفين من قوله: وإن بعث بهدية أو صلة لرجل غائب ثم مات المعطي أو المعطى له قبل وصولها، فإن كان أشهد فهي للمعطى أو لورثته، وإن لم يُشهد فهي للذي أعطاه ولورثته. فاستشكل إذا مات المعطى قبل وصولها إليه على ما تقدم، ونصها أنه لا يفوت، ووارثه أو سيده بمنزلته. قال التونسي: إلاّ أن يكون أراد عين المعطى فلا يكون لورثته كالصدقة بالعبد إذا كان من عبيد الحضانة ونحوه. والمشهور أن الحيازة شرط إلاّ أن يموت قبل إمكان القبض كما تقدم أو يموت في الخصومة فإنه يقضَى له بها كالمفلس يموت في الخصومة في عين السلعة أن ربَّها أحق بها إذا ثبتت.

ابن عات عن المشاور أيضاً: من تصدق بصدقة على رجل وعرّفه [93 ـ ب] بها فسكتَ ولم يقلْ قبلتُ ولا لم أقبل وتركها زماناً ثم قام عليه فيها كان له ذلك. فإن طلب غلّتها حلف إنه لم يتركها على وجه الترك ورَجَعَ.

قلت: نحوه فيها في كتاب الحدود إذا لم يقم المقذوف بقذفه حتى مضت سنة أو أقل أو أكثر ولم يسمع منه عفو ثم مات فقام بذلك وارثه، فإن لم يمض من طول الزمان ما يعدّ به المقذوف تاركاً لذلك، فلورثته القيام، وإن مضى من طول ذلك ما يرى أنه ترك فلا قيام لهم. فأما لو قام المقذوف نفسه بعد طول الزمان فحلف بالله ما كان تاركاً لذلك ولا كان وقوفه إلاّ على أن يقوم بحقه إن بدا له بخلاف ورثته.

قلت: وكان يتقدم لنا أن في المدة التي ذكر الورثة نظر، والصواب جَرْيها على أحكام الحيازة، وفيه نظر. والصواب كان جريها على أحكام الشفعة وفيها مدة عام أو أكثر وأربعة أعوام وغير ذلك من مسائل السنة كالعنّة وقيام البكر مع زوجها السنة في عدم الجبر، ومسائل[1] الجراحات وآخر الشركة إلى غير ذلك.

وفيه عن ابن مزين إذا قال لابنه: اعمَلْ في هذا الموضع كرماً أو جناناً أو ابْنِ فيه داراً ففعلَ الولد في حياة أبيه والأب يقول كرم ابني وجنان ابني فلا يستحق القاعة بذلك وهو موروث وليس للابن إلاّ قيمة عمله منقوضاً. قال: وأما قول الرجل في شيء يعرف له هو كرم ولدي ليس بشيء ولا يستحقه الابن صغيراً كان أو كبيراً إلاّ بالشهادة بصدقة أو عطية أو بيع.

ابن رشد: لأن اللام لا تدل على التمليك لقوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك». قال: وانظر إذا عقد مثل هذه الوثيقة لزوجه، فلابن رشد في سماع أشهب في شهادات العتبية أن إقراره لا يجوز وإشهاده وعدم إشهاده سواء. وعن ابن زرب: ذلك لها ويصح إشهاده لها ذلك، ولا بد لها من اليمين، وحُكي أن بعض الشيوخ كان يفتي أنه لا يمين عليها إلاّ أن يحقق [94 ـ أ] الورثة ما يجب به عليها اليمين وضعّفه ابن زرب وقال: لا بدّ من اليمين، وهذا كله في صحة المشهد حين إشهاده. ولو أشهد في مرضه[2] فلا خلاف بينهم في عدم إنفاذ الشهادة. وأفتى ابن زرب في ذلك فقال: ما كان من زيها أخذتْه بغير يمين، وما كان من زيه أو زيهما فلا تأخذه إلاّ بعد أيْمانهما. وأفتى ابن وضاح المرسي في ذلك: أن ذلك عامل إلا في ذَهَبٍ أو فضة دنانير أو دراهم، وما كان مِن ثيابه أو زيّه أو عروض أو طعام فهو موروث، إلاّ أن يعيّن ذلك في صحته يعاين الشهود ذلك. فتدَبّرْ جوابه هذا.

قلت: الذي أشار إليه من الوثيقة هي: أشْهَدَ فلان شهداء هذا الكتب في صحته وجواز أمره أن جميع ما يغلق عليه باب البيت الذي يسكنه مع أم ولده

---

(1) جملة سقطت من أ.

(2) ثلاث جمل سقطت من أ.

فلانة في الدار التي بموضع كذا من الغطاء والوطاء والكسوة والتوابيت والماعون والأثاث والحلي والقليل والكثير لأم ولده فلانة وكسبها ومالها، وأنه لا حق له معها فيها بوجه من الوجوه ولا سبب من الأسباب، بعد معرفته بقدر ما أقرّ به بما ذكر في هذا الكتب، فإن عقدت ذلك مجملاً فهو تام، وإن محّضته وفصّلْتَه نوعاً نوعاً فهو أتمّ، وإن لم يشهد لا مجملاً ولا مفصلاً فادعت من البيت شيئاً كلفت البينة، وإن كان من متاع النساء إلاّ الشيء اليسير مثل الحلي التافه والفراش واللحاف والثياب التي على ظهرها. وأما المستكثر فلا، بخلاف الحرة في هذا إلاّ مع قيام البينة[1] والقبض في صحته، وكذا وقع في سماع ابن القاسم. ولو أشهد لها مجملاً أو ملخصاً ثم ادّعى الورثة بعد موته أنه انتزع ذلك منها فلهم اليمين عليها ولها رده. وما ابتاع من كسوة وغيرها لأهله فإن أشهد في حين الابتياع أن ذلك لزوجته نفذ لها، وإن لم يشهد فلا شيء لها إلاّ قدر ميراثها إن كانت حرة.

وسئل ابن رشد عمن وهبتْ لزوجها في صحتها نصف صداقها وقَبِل الزوج ذلك بشهادة رجل ونساء ثم لمّا مرضت أشهدت أنها كانت وهبت ذلك وأنها الآن متمادية على ذلك بشهادة رجال هل تجوز هذه الهبة أم لا؟ وهل شهادة النساء فيها ماضية أم لا؟.

فأجاب: إن عدل الرجل واثنان فصاعداً من النساء ثبتت الهبة ولا عبرة بشهادتها [94 ـ ب] في المرض الذي ماتت فيه.

وسئل أيضاً عمّن توفي فأثبتتْ زوجته صداقها فقام الورثة والناظر في الثلث للمساكين وأثبتوا رسماً بشاهد مقبول في أن الزوجة وهبتْ صداقها في مرضها لزوجها وهو كذا، وأشهدت أن بعض الثياب والجواهر لزوجها لا حق لها فيه. وفي شهادته أنه لا يعلم أن الزوج قَبِل هذه الهبة وثبت صحة هذه المرأة وحياتها إلى الآن، وثبت بعدلين أن الزوج وافقها في هذا المرض على أنها وهبت صداقها فقالت: بعد وفاتي، فلم يراجعها وثبت براءة الزوج لزوجته في

(1) جملتان سقطتا من ب.

هذا المرض براءة تامة، فهل صحة المرأة بعد مرضها ثبتت هذه الهبة بالشاهد إذا لم يثبت رد الزوج لها؟ وهل طلب الزوج لها في مرضه إيذان بقبوله إياه أم لا؟ مع كونه في ذمته فهو كالحوز التام، وهل تُشترط معرفة القبول وبيانه أم يجري اقتضاء الشهادة مع الحوز؟ وهل يورث القبول كغيره أو لا؟ وهل تلفق شهادة الأخوين مع الأول أو لا؟ مع دعواها أنه بعد الموت، وهل يستحق الناظر الثلث الأخير لغير معين شيئاً بشهادة الشاهد مع حلف الورثة أم لا؟ وهل من شرط القبول اتصاله بالهبة أم لا ويبطله طول المدة قبله؟ وهل ما أقرَّتْ به من الثياب والجوهر عام بشهادة الشاهد وادعاء الورثة أن ذلك بيدها؟ وهل إبراء الزوج لها بالشاهدين يقطع دعواهم عنها أم لا؟ لحجتهم أن هذه مُقرّة به له. ولعل ما أقرَّتْ به كان عنده وانتقل الآن بحوز الورثة. وكيف لو قالت: أخذَ متاعَه وتصرّف به ذلك الوقت؟ أو قالت: هو بيدي وقد قطع طلبه ببراءته لي؟

فأجاب: سكوت الزوج عنها إجابته بقبولها «بعد موتي» تسليم لقولها وإبطال للهبة، وإذا بطلت الهبة لم يُتكلم في ما بعد ذلك عن لواحقها. والقول قول المرأة في الثياب والجوهر مع يمينها أنه أخذ ذلك. فإن ادعت أنه إنما كان منها على وجه التوليج له في مرضها صدقت مع يمينها وإن صحت من مرضها بدليل إبراء الزوج، وأنه لا حق له عندها مع ضعف إقرارها له لكونه في المرض [95 ـ أ] ولا قام عليها في صحتها. وعن جماعة من كبار أصحاب مالك المدنيين: لا يجوز إقرار الرجل في صحته بدين لوارثه إلا أن يقوم عليه في الصحة فكيف إذا كان أصل الإقرار في المرض وهو بين؟

وسئل عمن اشترى ثلثي دار وبقي يسكن فيها ستة أعوام، ثم اشترى ثلثها الباقي باسم زوجته واعترف أن جميع الدار لها وأنه إنما كان اشترى ثلثي الدار لها وبمالها وتمادى في سكناها إلى أن توفي، فتزوجت بعده آخر وبقيت عاماً وتوفيت، فاختلف ورثتها مع ورثته. فقال ورثتها: هي دارها بما أقر لها به ولأن عنده مستغلات ربعها نحو اثني عشر عاماً مع ثمن ثياب من شورتها. وقال ورثة الزوج: ليس لها إلا الثلث وثلثاها يملكها لنفسه وبقي فيها إلى وفاته. وأثبت ورثة الزوجة عقداً باستغلاله أملاكها مدة صحبته لها والزوجة مولى عليها.

فأجاب: تقدم جوابي بأن لورثة الزوجة الثلث خاصة بما تضمنه عقد الشراء والثلثان لا يصحان لها ويورثان عن الزوج لأجل أنه لا يصح إقراره لها بعد مدة شرائه لها وسكناها طول المدة إلى وفاته، والتهمة فيها ظاهرة من عقد استرعائه وداوم سكناه إلى وفاته أنه قصد الهبة لها فتبطل سكناه بها إلى وفاته ولا يلزم الشاهدين بيان من أي وجه دفعا ثمن الثلثين الذين اشتريا باسمه إذا لم يطلب إقراره. وإنما يبطل شهادتهما أن الشراء كان باسمه وأنه سكن بعد ذلك ستة أعوام قبل الإقرار ولأن من اشترى باسمه شيئاً فالأصل أنه بماله حتى يظهر خلافه أو يقر به على نفسه بالفور إقراراً لا تهمة فيه. وإذا اتهم في إقراراه بأمر فلا يصح أخذ الثمن من ماله إذ لو علمنا أن الثمن لها علمنا أن الشراء لها فتصح لها وإن سكن فيها إلى وفاته. وإنما يؤخذ من ماله ما ثبت أنه باعه من شورتها واستغله من ملكها حسبما تضمنه عقد الاسترعاء. وإذا زادوا في شهادتهم ما ذكرت وجب إيقافهم على تلك الزيادة حتى يحققوا [95 ـ ب] قدراً لا يشكون فيه. فإن قالوا: لا نشك أنه يستغل في كل عام أكثر من عشرة دنانير أخذت العشرة لكل سنة بعد أن تسقط منه ما اشترى به الثلث أن ادعى ورثته أنه اشتراه من ذلك، إلا أن لا يجيز ذلك وصيها الناظر لها، فلا يسقط منه شيء، وتخلص الدار للزوج وتورث عنه، وحلّفْ ورثته إن ملكوا أنفسهم أنهم لا يعلمون أنه استغل من أملاكها أكثر مما شهد به الشهود، أو لا يعلمون أنه استغل لها منه شيئاً.

ابن الحاج: حلفتْ بصدقة ثلث مالها في المساكين على شيء فحنثتْ فأفتيتُ بأن يخرج ثلث مالها، ومَالها من أصول يخرج ثلثها وتوقف، فما كان من غلة أخرجت في الثغور والمساكين. ولم أتحقق القضية غير أن بعض من حضر ذكر أنه يتميز الثلث من الأصل بالقسمة وأن يبقى قائماً. وظهر لي بأن حقيقة الفتوى أن يقوم الأصل فيأخذ ثلث قيمتها ويفرق على المساكين لا يصح لأنه خلاف ظواهر النصوص وخلاف قصدها في يمينها.

قلت: إذ ليس منها ما يدل على الحبس لا نصاً ولا لزوماً بل صدقة.

وسئل عن أب له بنون دون زوجة، فكان يميل إلى الأكبر في بيته ويطعمه وهو معه، ثم باع بعض ربعه وتصدق ببعضه على بعض بنيه، ثم إنه أشهد أن ابنه الأكبر له عليه كذا وكذا ديناراً ترتبت عليه من نفقة ودين قضاه عنه، وذكر الابن أن ذلك من ماله ومال زوجته. ثم بقي الأب في كنفه وتمادى على إشهاده والربع تحت يد ولده المذكور إلى أن توفي. فقام يطلب تركته بذلك العقد فمنعه بقية البنين فقالوا: أنت خدعتَهُ وبغّضْتنا له حتى فعل ما فعل وولج إليك بهذا العقد. وكانت غلة ربعه تقوم به ويفضل، بل كنت أنت تتصرف في ماله وتدخله في منافعك ولا يقدر معك على شيء، وأثبتوه. ولم يجد الولد بيّنة بما دفع عنه إلاّ بما أقرّ له به الأب بل شهد أنه كان غنياً عن أخذ الدين، هل ينتقض التصيير أم لا؟.

فأجاب: إذا كان الأب صحيحاً يوم أشهد للولد ولم يكن به إلاّ ضعف الكبر صح للابن [96 ـ أ] جميع ما أشهد له به، لا سيما إن كان حاز الأملاك التي صَيّر إليه في الذهب الذي أشهد له به وعمرها في حياة أبيه.

ابن عات: عن الأبهري: إذا تصدقت امرأة بكالىء لها قد أثبتتْه على زوجها الميت لم يقبضه المتصدق عليه إلاّ بعد يمين المرأة أنها لم تقبضه ولا وهبته ولا احتالتْ به ولا تصدقتْ به لأنه يخشى أن تفعل ذلك لتستدفع بذلك يمينها.

قلت: ورأيت معلّقاً على فتوى ابن رشد في الهبة: يحلف الواهب، وإن كان إقراراً بالدين يحلف المقر والمقر له. وذهب ابن حمدين وأصبغ بن محمد إلى إحلاف المقر. وقد تقدم عن ابن عات: إذا وهب الدين بشاهد واحد من الحالف. ومن فتوى الصفراوي وغيره: إذا وهب الدين ووجبت يمين الاستبراء من الحالف، وفيها ثلاثة أقوال قد مرت، فأفتى الصفراوي لا يتوجه على الحالف الواهب يمين ولكن إن ادّعى المديان على الموهوب عدم القبض استحلفه أنه لا يعلم أنه وفاه.

وأجاب ابن عوف: إذا كانت دعواه دفع الحق للواهب بعد الهبة فلا يتوجه

على الواهب يمين ويقضى على المديان بدفع ذلك للموهوب، وإن كانت دعواه الدفع قبل الهبة توجهت اليمين على الواهب، فإن حلف برىء من الغرم وإن نكل غرم للغريم ما أخذ منه، وحق الموهوب متوجه على المديان في الوجهين.

وأجاب أبو إبراهيم الريغي: اليمين على الواهب، فإن حلف برىء من الغرم[1] لحق الموهوب له في تتميم الهبة، فإن حلف تمت الهبة، وإن نكل عن اليمين حلف الغريم وبرىء وبطلت الهبة. فإن قام الغريم فادعى القضاء فيجب حلف الطالب. وانظر هل يحلف الموهوب لأنه مستحق لذلك، فإن نكل حلف الغريم ولم يرجع الموهوب على الواهب بشيء، لأنه إنما وهب عيناً ذهبت. وليس يمين الغريم مما يحقق عليه أنه قبض.

ابن عات: إذا وهبت امرأة صداقها لزوجها ثم ادعت أنها وهبته للثواب فلا تُصدَّق في ذلك، وسواء كان عيناً أو غيرها بخلاف ما وهبتْ من [96 - ب] مالها من غير مهرها أو وهبَهُ هو إياها من ماله ففيه اختلاف في المدونة وغيرها، وتتحصل فيه ثلاثة أقوال، ومذهب المدونة لا ثواب إلا أن يظهر ابتغاء الثواب. انظرها في سماع عيسى في رسم إن خرجتْ، وهذا مع الإيهام وبينة فقالت: وهبتْ له صداقها بعد معرفتها بعدده ووقت حلوله غير مكرهة ولا مضطرة إليه لضرورة ولا سوء صحبة إلاّ صلة لزوجها لكريم عشرته ولما ترجوه من ثواب الله تعالى، فليس فيه ثواب. ولو قالت: أسقطت عنه ذلك بعد معرفته عدداً أو أجلاً على أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها ولا يتسرّى ولا يضارّها في نفسها ولا شيء من مالها، فإن فعل شيئاً من هذا فهي راجعة في ما وهبتْ له وهي مصدّقة عليه متى فعل ما اشترطته. فمتى أدّعتْ ذلك حلفت ورجعت في ما وهبت. قاله ابن فتوح وغيره.

قلت: تقدم الكلام على إن أعطتْه شيئاً على أن يؤثرها على غيرها - أو العكس في السليمانية - لا خير فيه لأنه من باب تارة بيعاً وتارة سلفاً، والمشهور جوازه.

---

(1) جملة سقطت من ب.

وتقدم الخلاف إذا سلمت أكثر من ثلثها، هل يجوز ولا يقال للزوج أم لا؟ بخلاف الكفالة فإنها كالهبة، وكذا تقدم الخلاف إذا تصدقت، ثم تصدقت، وأنّ ابن زرب قال: إذا كان بين الصدقتين عام فأكثر نفذ ذلك.

الشعبي: من تصدق على ابنته بأملاك من دور وبساتين وبقي زماناً يستغلها ويكري ثم زوّجها ودخل بها زوجها فقامت تطلب صدقتها فمَنَعَها وقال: كنتُ أنفق عليك، فقالت: إن للأملاك مستغلاً قدر خمسة عشر ديناراً في العام بخرص أهل العدل، ولها أيضاً خدمة وأجرة في نفسها.

فأجاب ابن العطار: له القيام بالنفقة بعد حلفه إن لم يكن على وجه الحسبة ويحسب عليه كراء الأرض طول المدة وثمن ما باع من مستغلّ البساتين وإلاّ فقيمة ما يخرص به لا مكيلة الخرص. ومثله للإشبيلي وزاد: لها القيام بصدقتها والمحاسبة بخدمتها [97 ـ أ] أيضاً. وزاد غيرهما أن المحاسبة تكون من يوم الصدقة، وأجراها على مسألة إذا أنفق على لقيط. ثم قال: ولا يمين على الأب في ذلك لأن مالكاً قال: لا يمين عليه، واختلف أصحابه. ولأصبغ: يحلف ويكون عقوقاً. وإن كان للابنة أجرة حاسبت، وأخطأ في استصغارها. ولو خدمته في بيته الشيء الخفيف مثل خدمة البيت المعروفة ونحوها وفوق ذلك ممّا له أجر تبعته به إذ لا يجوز له استئجار الصغير ليسقط النفقة عنه مع يسار الأب، ولو كان للصبي كان أقوى في منع استئجاره.

قلت: قوله لا يمين إلى آخره يريد بذلك وقد رشدتْ البنت، ولو لم تزل محجورة فاليمين واجبة عليه مطلقاً، وهذا في ما يطلب به. وأما ما يطلبه هو من المحجور فيمينه لازمة بكل حال. وقد مرّ هذا.

وسئل أبو عمر بن عات عمن وهبت له زوجته شِرْب ماء من ساقية مع كالىء صداقها هبة لله تعالى فأخذه الزوج وسقى به وما فضل كان يصرفه لأرض زوجته الواهبة. هل تصح الهبة أو تبطل أو يبطل ما زاد على سقي أرضه؟

فأجاب: إذا كان الشِرْب بيد الموهوب فسقى منه فلا يؤثر سقي أرض الواهبة، ويكره لها الانتفاع بشيء منه لقوله ﷺ «العائد في هبته» الحديث. قال

الباجي: يؤخذ من الحديث الكراهة فقط، لأنه يشبّهه بعود الكلب في قَيْئِهِ وهو مستقذر خاصة إذ لم يزل بمعية الطعام. وأما صدقة التطوع ففيها قولان: تحرم أو تكره، والصدقة الواجبة فيها خلافٌ بالجواز والكراهة. وقد مرتْ في مسائل الزكاة.

وسئل السيوري عمن تصدقتْ على ابنتها بنصيب من دار هو أكثر من ثلثها فرد الزوج ذلك بعد أن كان ارتجع المتصدقة من طلاق طلقها ثم طلقها طلاقاً بائناً فقام من ناب عن المحجورة في إمضاء الصدقة واحتج بزوال المانع.

جوابها: إذا ردّ الزوج [97 ـ ب] فلا تطلب الزوجة بعد ذلك إيجاباً وتؤمر به من غير قضاء.

قلت: ونحوه في النكاح الثاني. وأما إذا رد عتق العبد ثم تأيّمت فقال مالك يُعتَق عليها. وعن ابن القاسم لا أدري قوله يعتق بقضاء أم لا؟ وأنا أرى أن يعتق بغير قضاء.

وسئل عمن تصدقت بديون على بني ابنها ودفعت الوثائق لأبيهم وحوّزته، وذلك في صحتها ثم مرضتْ فأوصتْ بثلثها لبني ابنها ثم توفيت ولا وارث إلاّ هذا الابن، وابنة ثبت هجرانها لها في حياتها وبغضها فيها، وفعلتْ هذا بشهود وقصدتْ حرمانها، وإيثار الابن وبنيه بما تقدم.

جوابها: ما تقدم في الصحة من هبة مَحُوزة فالأظهر من المذهب إمضاؤها. وأما الوصية في المرض المخوف بالثلث ففيه قولان مشهوران. وما ذكرت عن الشهود بأنها إنما فعلت هذا إيثاراً لولد ابنها إنما يُتلقى من قرائن الأحوال، والعلم منها إنما يحصل للحذاق وأهل الفطنة. وربما اختلف على من لا يعرف الإحسان لأجل إحسانه إليها وخدمته لها وحِرْمان مَن تعاديه، فينبغي تحقيق هذه النكتة ويقع الجواب بعدها.

قلت: إذا قصد الضرر بالوصية أو العطية من ذات الزوج فمذهب ابن القاسم إمضاؤه. ولابن الماجشون خلافه وأخذ من وصايا الثاني في مسألة «ثلثي للفقراء» إلاّ أن يجيزه الورثة لابني أو العكس، فقال في مسألة العكس: لا يجوز

ذلك لأنه قصد الضرر فتدبّرْهُ.

وسئل أيضاً عمن لها نصيب شائع من دار مع ابنها فهدم الولد الدار وباعها ثم توفيت الأم فاستظهر الابن بصدقة الأم لنصيبها وأنه ما بناها إلاّ بعد الصدقة. فقام مَن يطلب وزعم أن الأم ساكنة في الدار حتى توفيت. فقال الولد: إنما كانت تسكن ربعاً آخر ملاصقاً لهذه الدار لا فيها، فهل تنفذ الصدقة أم لا؟

جوابها: إذا ثبت عدم سكنى الأم من حين ثبوت الهبة ولا انتفعت به إلى وفاتها فلا [98 ـ أ] يقدح فيها سكناها لما يجاور هذه الدار، والله أعلم.

وسئل المازري عمن تصدق ببيت من داره على ابنته بفناء معلوم بين يديه وبنصيب من الماجل والبيت والمرحاض وصحت الصدقة وتوفي المتصدق وأراد ورثته المفاصلة في الدار وبيعها دون البيت المذكور.

فأجاب: لا تُجبر على البيع معه لأن المتصدق رضي بذلك ولو أعطى جميعها في صحته لم يكن لهم. فقال: وكذلك إعطاؤه ما يجعل عيباً في الباقي لا يمنع منه. فإن تطوّع المتصدق عليه ببيع البيت مع بقية الدار وقُوّمتْ على وجه الاختلاف فيه حتى يخرج عن جمع الرجل لغلّتها في البيع مضى ذلك.

قلت: إن بيّن هذه اللوازم فواضح، وإن لم يبين ففي سماع عيسى: إن تصدق ببيت يلزمه مرفق الدخول والخروج والبئر والمرحاض. ابن رشد: هذا مثل سماع أشهب في البيع المبهم أنه يقضى بهذه المرافق، وقيل: لا شيء له من ذلك إلاّ أن لا يكون له حيث يفتح له باباً فيكون له المدخل على دار المتصدق وسائر مرافقه وهو دليل قول أشهب في رسم «باع شاة» من سماع عيسى من جامع البيوع. وعلى لزوم المرافق في الإبهام إذا قال المتصدق: قصدت البيت دون المرافق. فقيل: لا يصدق، وهو ظاهر هذا السماع. ومعناه إن لم يقم دليل على صدقه كصدقته ببيت تلاصق دار المتصدق عليه. وقيل: يصدّق مع يمينه إلاّ أن يكون له انتفاع بالبيت إلاّ بالدخول من باب المتصدق، وهذا يأتي على سماع أصبغ.

وفي شفعتها: من ابتاع أرضاً ولم يذكر شجرها فهي داخلة في البيع كبناء

الدار، إلاّ أن يقول البائع: أبيعك الأرض بلا شجر، وأما إن كان فيها زرع فهو للبائع حتى يشترطه المبتاع. ولو تصدق بالشجر ولم يذكر الأرض أو تصدق بالأرض ولم يذكر الشجر، كانت الأرض داخلة مع الشجر في الصدقة.

وفي رهنها: مَن رهن أرضاً ذات نخل لم يُسمّها أو رهن النخل ولم يذكر الأرض [98 ـ ب] لذلك موجب لكون الأرض والنخل رهناً وكذا في الوصية والبيع.

وكان يتقدم لنا أن دخول النخل في رهن الأرض واضح وفي العكس نظر، يريد لانفكاكها.

وفي آخر رهون البيان مثله: مَن ابتاع أجْباحاً ولم يذكر نحلها أو العكس، وذكر فيه أنه لا يكون له العسل في الوجهين.

قلت: كالثمرة والزرع في الأرض على أحد القولين. واختار شيخنا الإمام الفرق بين العسل القليل فهو للمشتري لأنه من ضروريات النحل دون الكثير. وفي عرضة أخرى قال: الصواب دخول كل العسل اليوم للعُرْف في أنها تباع كما هي.

وفي أحكام يحيـى بن عمر: إذا اشترى الفول الأخضر أو المقاثي فحشيشها لبائع إلاّ أن يشترطه المبتاع. وأما قصب الفول الأخضر فإن كان للبلد سنة حُمِلوا عليها وإلاّ كان للمشتري. وأما ورق التين: إذا اشترى الثمرة دون الشجر فهو للبائع وما يصلح للسلال منه فشيء جرى به العرف لا بد منه حتى يتمّ بيع الثمرة. وقد تقدم شيء من هذا في مسائل البيوع.

ومثله إذا اكترى داراً بمنافعها وفيها ماجِلٌ يأخذه منه بقدر الحاجة على العرف ولا يجوز له أكثر من ذلك.

ابن رشد: تحصيل مسألة مَن تصدق بأرض لها ماء فإنه يتبعها باتفاق. فإن قال: لم أتصدق به ففي لغْوِ قوله وقبوله بيمينه إن قدر المتصدق عليه على سقْيها بغيره قولان لابن القاسم مع الأخوين وغيرهم. ولو كان الماء بغير الأرض

المتصدق بها أو بمشاع منها وله شرب منه ففي بقائه واندراجه قولان. ومعناه إن قدر على سقيها من غيره واستغنائها عنه، وعلى الثاني: إن قال إنما تصدقت بها دونه ففي قبول قوله بيمين قولان لابن القاسم. ومعنى الأول ما لم يكن لا يستغنى عنه بحال، ومعنى الثاني ما لم تكن بإزاء أرض المتصدق عليه. والبيع إن وقع فالماء كالصدقة ودعوا البيان نطقاً ونية. أصبغ: يتحالفان ويتفاسخان، انظر بقية كلامه.

وسئل التونسي عمن قام في طلب علوي بيد امرأة فقدّم إلى القاضي فلم يجد ما يحتجّ به ثم أظهر وثيقة بيع أبيه من رجل لم يزل حياً وبصدقته على هذا القائم ومعاينة [99 ـ أ] حوزه من شواغل أبيه. واحتج بأنه كان أكراه عند سفره من قوم غير القوم عليها، وإنما منعه من القيام غيبته ومنعه من التمادي على الطلب غيبة وثائق البيع والصدقة. فاحتج مَن ناب عن المطلوب بأن غيبته كانت يسيرة ولمّا حضر كان قادراً على طلب الشهود والإنكار عند قدومه على من سكن هذا العلو مع أنه مشهور بمن باعه من أبيه وهو حيّ قادر على أن يقيم الشهادة بإثباته لمن باعه لأبيه عند وروده من سفره ولا إنكار ولا طلب المشتري مع أن العادة تقتضي في من طلب له شيء مثل هذا دلّ على أن طلبه غير صحيح وأن الحوز عليه صحيح، فهل يُعمَل بما قال به القائم أو بما احتجّ به على المشتري؟

فأجاب: مذهب مالك أن الحوز يبطل من تقدم له ملك يملكه مع ما ذكرتَ من جري العادة في أن ترك القيام بالبياعات مع طول الأمد وعدم الإنكار حين القدوم من السفر وعدم التشكي والاستقصاء فهذا كله دليل على زوال الملك ولا تعلق بالقيام بما ذكره.

وسئل أيضاً عمن أعْمَرَ زوج ابنته التي في حجره في مال ابنته على وجه الارتفاق، هي عادة أهل قفصة يعمرون الأزواج في أموال البنات يرونه نظراً، هل يمضي ذلك أم لا؟ ولو طلق الزوج الزوجة هل ترجع عليه أم لا؟.

جوابها: لا يجوز إعمار الزوج في مستغلات الابنة، ويطالب بالغلة إن

كان ملياً، وإن كان عديماً أخذ به الأب.

قلت: تقدمت مسألة تخفيف الصداق قبل الدخول، ومسألة إذا أسقطت نفقتها على أن تقيم مع زوجها، من التنبيهات. ومسألة ما جرت به العادة بالمهدية وزويلة أنهم يسوقون مع المرأة في شورتها دوراً يسكن بها الزوج مع زوجته وهي عادة جارية. من كلام المازري، فانظر هذه المسائل مع هذه.

وسئل أيضاً عمن اشترى داراً ونقد ثمنها وذكر أن اشتراءه لولده الصغير بدنانير تصدق بها عليه وحازه من نفسه لنفسه حينما اشترى [99 ـ ب] هذه الدار ثم بقي مُديْدة ورَمَّ فيها مرمّة، ثم سكنها الأب سنين ذوات عدد حتى توفي بها، فهل يبطل هذا الشراء للولد أم لا؟

جوابها: اختُلِف في هذه المسألة وجل أهل المذهب ومعتمده في ما رأيت صحة الصدقة.

قلت: تقدم الخلاف من كلام ابن سهل وابن عات.

وسئل السيوري عمن تصدق على ولديه في حجره ثم أنكر الصدقة وهو يستغلّ. فهل يخرج ذلك من يده ويغرم الغلة أم لا؟

فأجاب: ينظر في تاريخ الشهادة للصدقة لا إلى إنكاره، وأما الغلة فلا يعرف وجه استغلالها، هل هو له أو للولدين؟ إلاّ أن يكون شرط في أصل الصدقة. وما ثبت للأولاد من الصدقة وغلتها تنزع من يد الأب.

قلت: انظر إذا أراد القاضي الجهاز من تحت يد الأب لفقره. ومسألة الوصي إذا خاصم محجورة نزعت الوصية من يده لثبوت عداوة الخصومة. من ابن سهل وابن عات مع هذه.

وسئل التونسي عمن أمر ولده بدفع قفيز شعير لفلان ثم صحّ الأمر فطلب الابن فأعطى بعض القفيز فقال: لا آخذ إلاّ الجميع، ثم مات الآمر فأنكر الولد العطية على صفة ما ذكر.

فأجاب: إن مات الواهب قبل قبض الموهوب بطلت ولو أقرّ الابن بها،

وإن ادعى أن الأب أوقفه على يدي الابن وأمره بدفعه له فتعمد الابن فحبسه عنده حلف الابن على ذلك لتوجّه الدعوى عليه.

وسئل عمن توفي عن خمسة أسداس فندق فأثبت أبو الميت أنها من أملاكه فقام بعض ورثة الميت فأثبت بعدول أن هذا الأب تصدّق عليه بها صدقة بتَّة بتْلة لوجه الله تعالى لا عن عوض، وصدقة كرائه في السنة المؤرخة، وعاينتْ البينة الحوز. وفي ظهر رسم الصدقة إنفاذ بعض القضاة للمتصدق بعد الإعذار لأجل فسادها بعدول فمنهم مَن شهد أنها لم يقصد بها وجه الله وإنما كانت بسبب ما دفعه الولد عن أبيه بدنانير طولب الأب بها وعن نفقة [100 ـ أ] الأب حياته، وشهد الآخر أن النفقة كانت عن الدنانير المعلومة وعن الكراء، وهو ذهب، وشهد آخرون منهم كاتب الوثيقة بأن الولد طلب أباه عند القاضي بالدنانير التي أعطاه حين ردِّه الصدقة فقال أبوه: إذا تصدقتُ بها بقيتُ فقيراً، فرغَّبه القاضي وقال: ينفق عليك إذا افتقرت، فكتب عليه. ومن الشهود من قال: إني أعلمتهما بأن الصدقة بالدنانير والدراهم لا تجوز، ولا أدري فعلهما بعد ذلك. وتمسّك الورثة بكتب الصدقة المذكور أولاً، هل يؤخذ بظاهره أو بباطن ما اعترف به الأب والابن كبياعات الآجال التي لها ظاهر حسن وباطن قبيح؟.

فأجاب: تقدم الجواب عن هذا بأن الشهود الأوَل من شهود فساد الصدقة أثبتوا فسادها من جهة نفقة الأب حياته وهو مجهول، لكن إن علموا أن ذلك من إقرار الأب وابنه فواضح، وإن علموا من قرائن الأحوال فينظر: هل هم من أهل العلم بالتمييز فيتلقى العلم من قرائن الأحوال وهو علم ضروري أو نظري أم لا؟ وكذا من شهد أنه لو لم يصيّر عليه بالدين لَمَا تصدق، ويُنظر هل هو بإقرارهما أو بقرائن الأحوال حسبما مرّ؟ وكذا ينظر في شهادة من علم ولم يرجع حينئذٍ، هل يأتي بما يعذر به في شهادته أم لا؟ أو يشهد بأنها معاوضة عن الدنانير؟ فإذا صحت الشهادات وحققت المفاسد التي تضمنت الشهادات وجب فسخ العقد ورده إن لم يفت، ويمضي بالقيمة إن فات يوم القبض، وتقع المحاسبة. وما ذكر عن الشهادة الأخيرة أن الصدقة لا تجوز ولم يذكر هل وقع ردها وتفاسخا أم

لا؟ لكن إذا حقق الفساد وجب الفسخ، وصار تسمية الصدقة بأنها بَتْلة بتّة تسميات زور أو تدليس عليهم.

وسئل ابن رشد عمن له زوجة وابنة وابن عم، وهب في صحته لابنته دارين وثلاث حوانيت سلط عليها حكم الاعتصار، وأن أم البنت تصدقت عليها بمائة مثقال، وأنه تجر فيها فزيد فيها ثلاثون مثقالاً، وأنه استُفْضِل من غلة [100 ـ ب] ربعها سبعون مثقالاً، ثم توفي ولم يوجد له غير عشرة مثاقيل وثيابٍ وحليٍ وماعونٍ نحاسٍ كان وهبه لها. وسلط عليها حكم الاعتصار ووجدت جميع عقود الهبات والإقرارات في خزانته. فقام الغاصب وادّعى التوليج للابنة، وأنه كان بينهما منافرة في حياته، فهل يقدح هذا في الهبة أم لا؟ وكذا ما أقرَّ به على نفسه من مال الابنة من قِبَل الأم، وقد قام ثلاثة شهود أحدهم مشرف على الطفلة والآخر زعم الغاصب أنه عدو له، والثالث شهد على الإقرار دون معاينة القبض على مذهب من يشترط المعاينة أم لا. ويجري هذا القول في الشاهد الواحد ولا بدّ من شاهدين. وكذا ما أشهد أنه استغل سبعين مثقالاً ووجد بخطه ولم يثبت أنه اجتمع من الغلة أيضاً ثلاثة وثلاثون مثقالاً غير السبعين، وكيف لو لم يقم على خطه إلاّ شاهد واحد، هل يُجتَزأ بيمينه ويحلف معه أو لا يجْتزَأ كما حكاه ابن الجلاب؟ وهل تحاسب البنت بما أنفق عليها في الأعوام الماضية أم لا؟ وكيف إن لم يقم إلاّ شاهد واحد ولم تحلف هي لموجب، ما يكون الحكم فيها؟ وهل إقراراته توليج أم لا؟ وما معنى ما وقع في الرواية في إقرار الأب إذا جاء بما لا يستنكر ونسب لذلك وجه، هل السبب البينة العادلة أو اللوث؟ وهل هو في مسألتنا يعرف للأم مال أو لا وموافقتها على قول الإمام معاينة القبض؟.

فأجاب: ما وهبه الأب في صحته من الدارين والحوانيت والماعون فهو ماضٍ وهو الجائز لابنته ولا مقال للغاصب إذا ثبتت البينة فيه بالشهادة على عينه في الثياب والماعون. وما ذكر من أنه اغتله لها فماضٍ إذا أشبه أن يغتل لها ذلك العدد من الربع الموهوب من يوم الهبة إلى يوم الإشهاد. وأما ما أشهد من الصدقة لها وأنه ربح فيها فهو ساقط، لأن من شرط هبة العين إخراجها من يد الواهب ووضعها على يدي غيره بمعاينة الشهود لذلك، فإن لم يكن إلاّ إقراره

وتصديق الأم فلا يصح إلاّ بمعاينة إخراج ذلك [101 ـ أ] إذ يُتّهَم أن يخرج ذلك بعد وفاته. وسواء عُلمت بينه وبين الغاضب منافرة أم لا. وأما ما ذكر في اللوح من الغلة فإن ثبت أنه خطه وأشبه أن يكون اغتلّه من يوم إقراره بالسبعين إلى يوم ثبت ذلك الكتب في اللوح وينفذ لها، وإن ثبت بشاهد واحدٍ رأيتُ حلفها معه، لأن الشهادة على الخط كالشهادة على الإقرار، وهو مشهور المذهب ومعروفه. ولا يحاسب بما أنفق عليها إذ إشهاده على نفسه بذلك هو دليل عدم إرادتِه محاسبتها، والرواية بها عن مالك مأثورة. فإن كانت الابنة غير بالغ وقف حلفها حتى تبلغ فتحلف إن مات. ولا بد من ذكر السبب في ارتفاع التهمة من معرفة السبب الذي ذكره بما تصح به المعرفة من الشهادة التامة لقوله في الرواية، فإن نُسب لذلك سبب يُعرَف جاز، وإن لم يكن يُعرف لم يجز.

وسئل أيضاً عمّن تصدق على ولده الكبير بملك ودار فحوّزه الملك دون الدار لكونها تبعاً ويبقي المتصدق ساكناً بها حتى مات، هل تبطل الصدقة أم لا؟

جوابها: صحة الصدقة، ولا فرق بين دارين تحاز إحداهما دون الأخرى لتبَعِيّتها لو نفذه.

وعن ابن زرب: في من تصدق على ابنته البكر بنصف ماله وهو عقار ودواب وثياب، وعين الصدقة ماضية في ما سكن وليس في ما تصرف فيه من الناض لكونه تبعاً لما لم يتصرف فيه وهو بيّنٌ، إذ لا فرق بين أن يكون من جنس ما لم يتصرف فيه أو غيره.

قلت: تقدمت هذه المسألة بوجوهها.

وسئل أيضاً عمن تصدّق على ولده الرشيد بأرض وجنات ودُور وغيرها، وهن في قرية أخرى، وقَبِل الولد ذلك ووكّل مَن يحوز له من أبيه. فخرج أبوه وحوّزه بعض ذلك بالشهادة، ولم يمكن تحويز البقية لكونه في موضع مخوف من العدو ولا يصل إليه إلاّ على غرر وخوف، وله نحو الثلاثين سنة لم يَعمرْهُ لخوفه. وهو شريك فيه مع غيره، فهل يكون هذا الخوف عذراً يسقط [101 ـ ب] عنه الحوز أم لا؟ وإن كان فيه خلاف فبيّنْ لنا رأيك فيه.

فأجاب: إذا حال الخوف بينه وبين هذه الأملاك في التطوف بها ولم يمكن حتى مات المتصدق فالإشهاد كاف فيها على معنى ما في المدونة وغيرها.

قلت: يؤخذ ذلك من مسألة إذا مات في الخصومة قبل الحوز، ومن مسألة إذا هكلت الدابة في الحجر ثم ثبتت للقائم، والله أعلم.

وسئل عن قوم بينهم أملاك يتوزّعونها ويحرث كل واحد منهم أرضاً على سبيل التوسع فبعد عشرة أعوام توفيت امرأة من الأشراك فاستظهر ابن أختها أنها تصدقتْ عليه بنصيبها من الملك الذي بيدها، هل تجوز له هذه الصدقة التي زعم هذا وهي مشتركة مع غيرها؟ وكيف إن كان بيد بنيها ملك هو خير من هذا الذي بيد ابن أختها؟.

فأجاب: إن حاز ذلك في حياة المتصدقة واعتمره مع الشركاء صحت صدقتها وتنزل معهم منزلتها.

قلت: قد مرّ معنى هذه من الصدقة للمشاع.

وسئل أيضاً عن رجلين أُسرا بدار الحرب فوهب رجل غلامه لفك الأسيرين فخرج به وليّ أحد الأسيرين لدار الحرب وبعث معه ولي الآخر رجلاً للفحص عنهما، فبحثا عنهما نحو عامين وأربعة أشهر فوجدا أحدهما وفُدِي بالعبد كله ولا عُرِف للآخر خَبَر، حي أو ميت. ثم قدم فطالبه ولي الأسير المفقود بنصف العبد. هل له ذلك أم لا؟ وإذا كان له هل تلزمه قيمة نصفه يوم الهبة أو الشخوص أو المفاداة ويرجع للواهب بعد فَدْو الأسير الآخر؟.

فأجاب: إذا ثبت ما ذكر فيلزم ولي الأسير المفدى نصف قيمة العبد يوم الفداء فيوقف ما رُجِيَ فداء للأسير الآخر. فإذا يئس منه وانقطع رجاؤه رجع لواهبه إن كان وهبه للفداء لا للأسير، ويستحبّ أن يجعله في أسير غيره. وإن وهب للأسير فهو موروث عنه. وللولي الفادي أن يتبع الأسير المفدى بنصف قيمة العبد بعد يمينه أنه ما فداه إلاّ ليرجع عليه بقيمة النصف إن أتبع بذلك،

والنفقة بينهما على ما أنفقاها.

وسئل عن رجل من [102 ـ أ] العرب قدم على أميرٍ ذكر له أن رجلاً من المرابطين كان له عليه دين وأنه شكا إليه قلة قضائه ولم يعتذر إلاّ أنه كان أهدى إليه هدية ليثيبه عليها وأنك ذكرت أن ما قال حق ووعدتني بالقضاء منها فصبرت عليه لذلك[1] وقد توفي فلان ولم يُثِبْه، فأنصفني من ذلك. فقال الأمير: كنت دفعتُ لك ثواب ذلك في ذلك الوقت وله نحو أربعة أعوام، فهل له ضمان على هذا الأمير بهذا الوعد إن ثبت؟ وإن لم يثبت فهل له قِبَل الأمير يمين أم لا إنه ما وعده ولم يتقدم بينهما خلطة؟.

فأجاب بأن العِدَة المذكورة لا يجب الحكم بها وإن ثبتت، لما يتعلق بها من حق الورثة ولا يمين له عليه بوجه. وإن أثبت صاحب الدين دينه قبل الواهب وقال الموهوب له: قد أثاب الواهب قبل هذا، فالوجه اتباع صاحب الدين دينه من الورثة في ما ورثوه بعد يمينه ما قبض دينه ولا استحال به ولا وهبه، وإنه لباق عليه إلى حين قيامه، ولا شيء على الموهوب له إلاّ أن يعدم الورثة، ولم يصدقوا الموهوب له في قوله إنه دفع الثواب وأبَوْا الحلف فلصاحب الدين الحلف إنه ما يعلم أنه أثاب الواهب على هبته ويستحق قيمة الهبة قبله. وإن صدّق الورثة الموهوب في قوله بَرِىء بتصديقهم إياه واتبعهم بدينه في الذمة.

ابن رشد: اختُلِفَ في الوعد هل يلزم مطلقاً أو لا؟ أو الفرق بين أن يكون على سبب أو لا يقع ذلك السبب؟ وهذا هو مذهب المدونة. وأخذ الأول من كتاب الحمالة من قوله: إن هذا معروف والمعروف مَنْ أوجَبَه على نفسه لزمه.

ابن الحاج عن ابن الجلاب: مَن وهب هبة مطلقة وادّعى الثواب فيها فإن شهد له العرف بأنه يطلب الثواب فله ذلك وإن كان العرف على العكس فليس له ذلك وإن أشكل فالقول قول الواهب مع يمينه. وإن كانت داراً أو فاتت بالبنيان وجبتْ فيها القيمة.

---

(1) كذا وردت الفقرة في جميع الأصول.

وأذكر مسألة من يدعي كراء دابة من رجل ويدعي الآخر أنها عارية. ومسألة الزوجة تهَبُ [102 ـ ب] لزوجها وتطلب الثواب.

وفيه: الربا غير المحرم أن يهب هبة أو يهدي هدية يبتغي ما هو أكثر من ذلك.

قلت: هو معنى قوله تعالى ﴿وَمَآ ءَاتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَاْ فِىٓ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ﴾[1] الآية. حكاه اللخمي عن بعض المفسرين، وحكى فيها خلافاً عن مالك هل مجراها مجرى البيع في ما يحل ويحرم وهو المشهور، أو محل المعروف فيجوز فيها ربا النسيئة والتأخير؟ انظر هذا في أوائل الفصل.

وفيه وفي غيره: في ما تفوت به الهبة خمسة أقوال: بالقبض، أو بحوالة الأسواق، أو بالنقصان، أو بالزيادة والنقصان. وقيل لا تفوت ما دامت العين قائمة.

ابن عات عن الاستغناء: ليس على الفقهاء أن يشهدوا بين الناس ولا أن يضيفوا أحداً، ولا أن يكافئوا على الهدايا، وحُكي ذلك عن مالك، وكذا السلطان لا يُكافي ولا يُكافأ. لا ولا تجب المكافآت على من وهب له شيء.

وفي الوثائق المجموعة: يهدي الناس بعضهم لبعض عندنا الكباش والجزور والخبز عند نكاحهم، ثم يطلبون المكافأة. ونزلت قديماً وحديثاً ببلدنا وقضي لطالب المكافأة بالقيام لأن ضمائر الباعثين والمبعوث إليه عندنا تنعقد على هذا، فصار الضمير شرطاً والذي تنعقد ضمائرهم عليه فاسدٌ. لأن الرجل يبعث إلى صاحبه جزوراً ليصرف إليه عند نكاحه أو فرح يكون عنده جزوراً فيقضى للباعث على المبعوث إليه بقيمة الجزور التي بعثها وقت قبض المبعوث لها إن كانت مجهولة الوزن، فإن كانت معلومة الوزن صرف الوزن.

ونزلت عندنا، وكان قد بعث المبعوث إليه الجزور إلى الباعث قدراً من لحم مطبوخ مِن صنِفه فطالبه بما أكل عنده أو بالقدر إذا طالبه الباعث بجزوره

(1) سورة الروم، الآية: 39.

وقال: سببها دعوتُه في سابعي وأطعمتُه فيقضى عليه بقيمة ما أكل عنده. وإنما ذكرتُ هذا لما فيه من الفقه في انعقاد الضمائر كالشروط. والمعروف عندنا في طلب الناس المكافأة عليه وإن كان في بلد لا يُعرف فلا يُقضى فيه بثواب.

ابن عات: سئل [103 ـ أ] ابن زرب عن الذي يفعله الناس إذا تزوج الرجل أهدى إليه إخوانه الجزور وغير ذلك، ثم يقول الباعث عند لقائه: إنما بعثت ليكون من بعثت إليه شيئاً إذا تزوجتُ يبعث إليّ مثل ما بعثتُ إليه.

فقال: ما أدري ما هذا ولا آمر به، وهو لا ينبغي أن يحكم بين الناس به لأنه من الأشياء التي جرى أنه لم يرد به الثواب في الوقت وإنما هو رجل يدعى ذلك ولعله لا يكون، فليس بشيء ولا أرى فيه ثواباً. فإن اشترطه أو رأى أنه بعثه على هذا الشرط كان له الرجوع بقيمة ما بعث حالة على المبعوث إليه.

وسئل عنها إسحاق بن إبراهيم فقال: ليس في الهدايا ولا التحف مكافأة ولا مثوبة إلاّ مَن اشترطها عند إرسالها.

قلت: وليس هذا بخلاف لما سبق لأن الأول قد تقررت به عادة وفي هذه لم تتقرر.

ونحو الأول لأبي عمران في التعاليق قال فيها: سئل عما يهديه الناس في أعراسهم بعضهم لبعض من الدارهم والدنانير والجزور، هل يجوز ذلك؟ وهل يقضى بها عليهم بمثل إن كان إنما يُعطونها على وجه السلف؟ على أنه إن كان للمهدي عرس كان عليه مثله فهذا سلف، وهذا جائز يقضى بمثله. وإن كان على وجه الهبة وليس على وجه السلف وهم يطالبون بذلك ويلزمونه فهي هدية فاسدة ويُحكم فيها بالقيمة إن كان طعاماً أو لحماً وإن كان مِمَّا له مثل كالدنانير والدراهم فالمثل.

وسئل عمن يهب لرجل طعاماً فيفوت عنده فيريد أن يعوضه مثل ذلك الطعام في جَوْدته وكيْله وجنسه، فهل يجبر الواهب على قبضه؟ فقال: الهبة للثواب إنما على الموهوب له عوض يتراضون به، إلاّ أن تقع المشاحّة، فعليه أن يثيبه قيمة هِبَتِه، فإذا أدى إليه مثل الطعام الذي وهب له وكانت قيمته مثل

قيمة القفيز الأول جاز وأجبر الواهب على قبضه.

[103 ـ ب] دليله في العبد يهب فيتغير فيردّ مثله أو ثوباً فيرد مثله. وعلله ابن الكاتب بأن الطعام لما تلف لزمته القيمة دراهم فليس له رد الطعام إذ كأنه ردّ الهبة نفسها، إذ لا فوت في الطعام وهو ينتقص العبد والثوب.

وسئل ابن أبي زيد عمن يُهدى له طعام فيردّ هو أيضاً على المهدي طعاماً، وأصل الهدية لم تكن على وجه الثواب لكن على ما يجري بين الجيران.

فأجاب: ليس في الطعام مكافأة إلاّ أن يجري بذلك عرف بينهم فيقضى حينئذٍ عليه بمثله إن كان مما يوجد مثله أو قيمته إن كان مما يوجد مثله أو قيمته إن كان لا مثل له. وإن أعطاه طعاماً من غير مثله لم يجز ويردّ ما أعطاه ويتبعه بمثل طعامه.

قلت: تقدم الخلاف فيه.

وسئل ابن أبي زيد: عمن يهدي إلى الرجل الطعام ويردّ عليه الآخر طعاماً مثل الزيت ويرد عليه القمح والزبيب والتين والشعير والحيتان والقرنيط واللحم والهدية والتحف التي تجري بين الناس هل يجوز ذلك؟

فقال: لا ينبغي أن يردّ عليه طعاماً وليرد قيمته إن كان مما يُدَّخَر ومما يجب فيه الثواب.

فأجاب: يحتمل أن تكون الكراهة على بابها للخلاف الذي تقدم فيها. وكان شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ يتحرّى أن يفعل شيئاً من هذا على المشهور فيترك ما يُهدى إليه في الموضع الذي وهب الواهب حتى يخرج إليه شيء من الطعام من الدار، وربما أدخلتْ ذلك الجارية أو الخادم فيخرج معه بما يردّ إليه. وهذا على وجه الاستحسان والعادة أن الناس لا يقصدون منه هذا الثواب وإنما هو للبركة أو لغرض آخر، فكيفما رد عليه يصح على كل قول.

وسئل أيضاً عمن أهدى لولده من بعض ماله وأودع الكَتْب وقال للذي يودعه عنده: لا يخرج هذه الكتب حتى أموت. فقال: هذا باطل إذا كان ذلك

عطية بغير ثمن، وكذلك إن كان إقراراً لبيع ولا يعرف للولد مال، ولو كان يعرف بمال فهو جائز [**104 ـ أ**] خارج عن العطية ويستغنى عن الحيازة، إلاّ أن قوله لا يخرجه حتى يموت يضعف به هذا الإقرار ويبطل ولا يصح حتى تشهد بيّنة أنه أخذ فيه ثمناً من مال الولد فيرد المال من تركته إلى الولد ويبطل البيع.

وسئل ابن رشد عما ينثر على الصبيان في الحِذَاق[1] ووقع في سماع أصبغ كراهته. وفي كتاب القشيري المالكي جوازه، وإنما نُهي عنه في هبة الحرب، وحكى ذلك في الاستيعاب عنه. وعلة المنع في الحرب معلومة إلاّ أن يتناوله عموم النهي.

فأجاب: ما نُثر على الصبيان وشبهه فيه تفصيل: فما نثر عليهم مما يوكل دون نَهْب فنهبه حرام لنهيه ﷺ عنه. وعلّتُه استئثار بعضهم دون بعض مما فيه أكل المال بغير طيب نفس من أربابه، وهو لا يحل، ومخرجه على التساوي في الأكل فمن أخذ منه أكثر فقد أخذ حراماً وسحْتاً.

قلت: وهذا إذا قدم الطالب لضيافة أو غيرها فلا يأكل إلاّ قدر ما يأتي بين يديه ولا يتعدى إلى جاره في نصيبه إلاّ بطيب نفس منه. وكذا إن كان الطعام كثيراً وأكل أكلاً خارجاً عن المعتاد لا بد من استئذان ربّ الطعام لا سيما على القول إنه لا يملكه إلاّ بالازدراد فلا يأخذ منه إلاّ ما جرت العادة به، من باب تخصيص العموم بالعادة، ولا يطعم منه هرّاً ولا غيرها إلاّ بإذن ربه. وعلى القول بأنه يملكه بالتمكين فيجوز أن يُطْعِم الهرّ ونحوها. ونص على هذه القرافي أواخر شرح التنقيحات له. ويحتمل أن لا يعطي شيئاً من ذلك كله لأجل أنه إنما ملك الانتفاع في نفسه خاصة لا عموم منفعة الطعام من كمال التصرف، كما في بعض مسائل الحبس.

وبلغني عن الشيخ الصالح أبي عبد الله الرماح شيخ عصره في بلده أكل معه بعض أهل البادية طعاماً فجاوز العادة فخاف البدوي الفضيحة فقال البدوي: يا سيدي يقول الناس [**104 ـ ب**] مَن رأى في أكله رأى في دينه

---

(1) الحذاق: أن يُحذق الطفل القرآن فيُحتفل به.

فقال له: اسكت من رأى في أكله ستر دينه.

ومنه ما يفعل في الأطعمة في بعض الأعراس أو الولائم، أو الأعياد من طعام رفيع أو حلاوة وقصْدُ بعض الناس بها المفاخرة وعرضه فقط لا أكله، فلا ينبغي أن يُحضَر فضلاً عن أن يُكثر من أكله. فإن حضر لضرورة فلا يأكل منه إلاّ قدر ما تطيب به نفس صاحبه على العادة، ولا يجوز الإفداح في الأكل منه إذا لم يصنع لذلك.

ومنه طعام الفجأة وهو أن يمرّ الرجل على قوم أو يدخل عليهم فيجدهم يأكلون فيعرضون عليه ذلك للأكل، فقد رأيتُ في جامع العتبية أنه يكره له الأكل. قال ابن رشد: معناه إذا جهل حال أهله هل تطيب أنفسهم أو لا؟ وإن تحقق عدم طيب أنفسهم يحرم، ولو تحقق طيبها لجاز. ومنه مسألة المدونة في قوله: من مرّ برَاعٍ لم ينبغ له أن يسقيه لبناً. قال أبو حفص: ومعناه أنه جهل حاله، هل تطيب نفسه أم لا؟ فلذلك قال: لا ينبغي، ولو تحقق أحد الأمرين لبنى عليه الحكم، والله أعلمْ.

قال ابن رشد: وما نثر عليهم لينتبهوه فكرهه مالك، وأباحه غيره كما ذكرتُ. والمباح والمكروه من قبيل الجائز ويفترقان في أن تركه أفضل من فعله للنهي الوارد فيه ولم يحرمه لأنه خصص النهي بانتهاب غير المأذون فيه، بدليل ما جاء في صاحب هَدْي النبي ﷺ قال: يا رسول الله كيف أصنع بما عطب من الهدْي قال: «انحرها وألق قلائدها وخل بين الناس وبينها» وقال في بدنات وجبت جنوبها «من شاء فليقتطع» فأباح في هذين الحديثين أن يأخذ منهم من شاء من غير مقدار.

قلت: ومنه ما يفعل في بعض القرى بترك آخر فدّان الزرع للذين يلتقطون السنبل ويسمونه عروس الفدان وما ينثره بعض الملوك المتقدمين من الدنانير والدراهم على رؤوس خواصّه أو نسائه ومن يحصل في يده شيء مُباحٌ له فهو داخل تحت هذا الفصل.

[105 ـ أ] وأما طعام الولائم وهي النقيعة والوكيرة والإعذار والغقيرة

والعرس. والخرس: طعام الولادة، والإعذار: طعام الختان، والنقيعة: طعام القدوم من السفر، والوكيرة: طعام البناء، والعقيرة: الشاة تذبح في رجب. كان الرجل في الجاهلية ينذر إذا بلغت غنمه كذا أن يذبح في رجب في كل عشرة كذا وكذا، وأحكامها مذكورة في كتاب النكاح.

وسئل الشيخ أبو محمد عمن يقول للرجل: كُلْ مِن مالي ما شئتَ وأطْعِمْ مَن شئت واحمل، هل ترى له ذلك على التجمّل ويطْرِبُه ذلك، فلا ينبغي ذلك.

قلت: مثله في العارية في مَن يسرْج له الدابة فيقول له: اركب حيث شئت في جميع وجوهها، وتحصيله تقييد هذا العموم بالعادة كمسألة الكلب في باب الولوغ أنه في الماء لا الطعام.

وسئل عمن يهدي للرجل الطعام من فاكهة وغيرها ولا يطلب مكافأة فربما ردّ هو أيضاً طعاماً نحو ما يجري بين الجيران، هل ترى بذلك بأساً؟ فقال: لا بأس به.

قلت: هو مثل ما في المدونة ما يهدي الجيران من الفواكه الخضراء ونحوها. وهو نحو ما قدمناه عن شيخنا الإمام.

وسئل عمن أدخل بيته رجالاً فيهم من تحلّ له الصدقة ومن لا تحلّ له فقال لهم: لا تتركوا في البيت شيئاً ولا تبرحوا حتى تُفْرغوا ما في البيت، وعود لسان هل يلزم ذلك في ما بينه وبين الله تعالى؟ وكيف لو طلبوا الذهاب به هل يلزمه ذلك؟

فقال: إذا كان ذلك منه على المبالغة في القول وقال: إنما أردتُ ما في البيت من شيء دون شيء، فلا شيء عليه لا في هذا ولا في هذا إلاّ ما نوى من المأمول الذي عنده، ولا يلزمه بينه وبين الله إلاّ ما نواه فيؤمر بالوفاء به ولا يقضى عليه به، وليس لهم أن يذهبوا به.

قلت: هذا نحو قوله فيها: إن المعروف لا يلزم منه إلاّ ما أقرَّ به، وإنما اختلف هل يحلف على الزائد أم لا؟ على الخلاف في دعوى المعروف هل

تتوجه اليمين به أو لا؟ وقد مرت في مسائل الشهادات.

[105 ـ ب] **وسئل** عن صبيان المكتب يأكلون التمر ويرمون بالنوى فأراد رجل التقاط ذلك النوى وخاف أن يكونوا أخذوه بغير إذن أترى بذلك بأساً؟

فقال: لا بأس به إن شاء الله.

وكيف لو أعْطى أحد من الصبيان مما معه لأحد هل يأخذه أم لا؟

فأجاب: إنه إذا كان بلد قد تعارفوا أن النوى يطرحونه ولا يسألون عنه، وأما تجويز أن يكونوا أخذوه بغير إذن فهذا لا شيء عليه في العلم إلاّ في من عُرف بذلك من الصبيان، وإلاّ فليس على السلامة إلاّ أن ينزه نفسه عن ذلك تنزُّهاً.

قلتُ: هذا ظاهر في ما جرت العادة بالمسامحة فيه من التقاط الشيء اليسير أنه مما تسمح به النفس كقوله ﷺ في التمرة «لولا أن أخشى أن تكون من الصدقة لأكَلْتُها». ونحو ذلك مثل ما ذكروا عن سحنون عما يُتْرك من السنبل ونحوه، وانتهت العادة إلى تركه، فلا جناح على من التقطته. وكذا ما يلتقط من الخُضَر والفواكه على أبواب الدور والخرق ونحوها، فالمنصوص في هذا كله الإباحة.

وسئل: عن هبة الصبي مثل الكِسْرة والقبضة من التمر وشبه ذلك فقال: لا تجوز هبته لذلك ولا لغيره.

قلت: الجاري على مسألة الوصي في صدقته مثل الكسرة من مال اليتيم وجواز ذلك هنا إلاّ أن يقال إن هذه هبة، ومسألة الوصي صدقة.

وسئل: عن الصبي يأتي بالشيء للمعلم ويزعم أن أباه أو أمه وجَّه ذلك معه. فقال: إن عرّف هدية الأب للمعلم فجائز للمعلم قبوله وتصديقه إلاّ أن يأتي بأمر يستنكر أن يكون الأب بعثه أو يأتي في غير وقت اعتاده منه فيسأل عن ذلك أبويه.

قلت: تقدم قبل هذا حكاية أبي طالب وما بعثه للمؤدب واستنكاره له حتى بعث إليه في ذلك.

وسئل أيضاً عن رجل قال له والده: كسْبُك تنتفع به وخذ كذا وكذا. فقال: بارك الله لهم في ما اكتسبتُه سنة. وكان الرجل ممن تجب عليه الزكاة وكيف لو كان فقيراً؟ وكيف لو حضر كلامه فقير هل له شيء؟ وقوله بارك الله لهم فيه هل هو [106 ـ أ] كقوله بارك الله لهم؟.

فقال: إن قال أردتُ بذلك وجه العطية لهم فهم بالخيار إن شاؤوا قبِلُوا ذلك منه، وإن شاؤوا لم يقبلوه، كان فقيراً أو غنياً. فإن ردّوه فلا شيء عليه. وإن كان الفقير الذي حضر بباله قبل السكوت فأدخل معهم في ذلك وأراد العطية له فله حصته من ذلك إذا قبل.

وسئل عمن توفي وترك ورثة وأقرّ بابن لبعض الورثة وغيرهم فكتم الوارث ذلك وغفل الشهود عن الشهادة واقتسم الورثة المال، وكان في تركته ضياع. فلما حضرته الوفاة قال: أشهد أن أبي أقرّ بوطء هذه الأمة وإن هذا ابنه وأعطاه حصته في ميراثه من الضياع، وسأله في غلة هذه السنين فتركها له ثم صح بالبينة المزكاة إقرار الأب به وحكم له بالميراث والرجوع في الغلة التي ترك للمقرّ به أولاً والرجوع على الثاني بها أيضاً، وقال: كنتُ جاهلاً بمبلغ الغلة. . .[1] على الأول وقال: ظننتُ أنه لا بيّنة لي، فهل له رجوع على بقية الورثة بما استغلوا أم لا؟ وهل ينقض القسم أو يأخذ من كل واحد قدر نصيبه؟ وهل له حجة في ما قال الأول والثاني الموهوب لهما أم لا؟.

فقال: إذا ثبت له النسب فله نقض القسم وائْتِنافُه إن شاء وله الرجوع بالغلة على من لم يترك له من سائر الورثة. ومن ترك له ذلك وزعم أنه لا يجد بيّنة فلا حجة له لأنهم أقروا له بصحة نسبه وأعلنوا إقرارهم بذلك. ولا حجة له أيضاً بالجهل بمبلغ الغلة إذا كان عالماً بمبلغ السنين، وهذا أمر لا يكاد يتفاوتُ. وقد اختلف في هبة المجهول إذا تفاوتَ ما ظهر منه عما ظن به الواهب.

(1) بياض بمقدار كلمة بالأصل.

قلت: ما أشار إليه من الخلاف هو ما لأصبغ عن ابن القاسم في العتبية: في مَن تصدّق على رجل بما ورث من أبيه وأشهد له وقبل ذلك منه، ثم بدا للمعطي وقال: كنتُ لا أدري ما أرث نصفاً أو رُبُعا، ولا أدري الدنانير ولا مبلغ الأرض والشجر فلما تبيّن لي مبلغه استكثرتهُ وكنتُ أظنه أقلّ. فقال: إن كان تبين ما قال إنه لم يكن يعرف يُسْر أبيه ولا وفْره لغيبته [106 ـ ب] عنه حلف ما ظن ذلك، والقول قوله. وإن كان عارفاً بأبيه ويسره جاز له ذلك عليه، وإن لم يعرف قدر ذلك ومبلغه.

أبو محمد: وأعرف لابن القاسم في غير موضع أن هبة المجهول جائزة. وعن ابن عبد الحكم: هبة المجهول جائزة وإن ظهر له كثرتها. وروى عيسى عن ابن القاسم في مَن تصدّق على رجل بما يرث من أبيه إذا مات، قال: لا يجوز ذلك ولا أفتي عليه به وهو لا يدري ما هو يقل ويكثر، فلا أدري ما هذا.

قلت: الصواب أن وجهه إن تصدق بالشيء قبل وجوبه فهو كإسقاطه قبل وجوبه وذلك لا يلزم، وله نظائر في العتبية.

عن أصبغ: في من يقول تصدقتُ عليك بميراثي أو بجميع ميراثي وهو كذا وكذا من البقر والرمك والرقيق والعروض والدُّور إلاّ الأرض البيضاء، وفي التركة جنان لم يذكرها أو غير ذلك، هل يكون له ما نص وما لم ينص إلاّ ما استثنى؟.

قال: أرى له كل شيء إلاّ ما استثنى إن كان يعرفه جناناً أو غيره.

قلت: تقدم الخلاف إذا قال: تصدقتُ على أولادي فلان وفلان وسكتَ عن البقية فيجري هذا عليه، بل قرينة الاستثناء تُفيد العموم في ما سواه.

وسئل أيضاً عمن حمل هدية لرجل فلقيه آخر في الطريق فأعطاه منها، وإنما حمله بنية الأول. فقال: إن لم يُشهد عليها، فإن ما نوى في نفسه بأن يهديها له فلا بأس أن يعطي منها لغيره.

قلت: شبّه إليه مع نيته تعيينه إلاّ أن يكون لم يُبَتّلْها له. ودليله: قول

إسماعيل القاضي إن سوْق الأضحية ونيتها تعيّنها كالهدايا إذا ساقها، بخلاف إذا نواها خاصة أضحيته فيصح بدلها بغيرها. وإن كان ظاهر قول مالك وابن القاسم خلافه.

وقد **وسئل** ابن رشد عمن أخرج صدقة وميَّز بعضها لمسكين بعينه ثم أعطى ذلك لغيره، هل يلزمه غرمه لتعيينه إياه بالقول؟ بخلاف من أخرج لمسكين كِسرةً فلم يجده لأن في هذه لم يعيّنهُ بقول ولا فعل بخلاف ذلك. وكذلك من كانت له على يديه صدقة لغيره فميَّزَ بعضها لمعيّن ثم أعطى لغيره ذلك فظهر لي فرق بينهما لأن هذا [107 ـ أ] المال لغيره بخلاف الأول، كما وقع الفرق بين الأولين.

جوابها: إن سمّى هذا المعين فإن نواه لم يبتّله بقولٍ ولا نيةٍ فيكره صرفه لغيره. وإن بتّلَه بقول أو نية فلا يجوز صرفه عنه وضمنه له إن فعل. وكذا ما جعل له تنفيذه من الصدقة سواء. ومثله ما أخرجه للسائل ونوى إعطاءه دون تبتيل بقول ولا نية فيكره رده لماله ولا يحرم، انتهى. فظاهر هذا إنْ بتّله بالنية فقط وجب له فأحرى بالنية والفعل. إلاّ أن يقال إنه مرض للقبول وللرد، فكأنه لم يتم له.

وعن بعض المتأخرين: في مَن طلبه سائل فوعده لوقت كيل الناس فلم يجيء في ذلك الوقت فأعطاها لرجل مسكين آخر، ثم جاء الأول وطلبه فليس له عنده شيء، ولا يصح إلا بالقبض لأنه وعد ولم يدخله في شيء.

وسئل أبو محمد أيضاً عمّن كان عليه دين فتركه صاحبه له ولم يقل الذي عليه: قبلتُ، إلاّ أنه سمعه ثم قام صاحب الدين يطلبه.

فقال: إذا لم يقل قبلتُ فليس له شيء. فقال: إذا قال المطلوب إنما سكتُّ قبولاً لذلك فالقول قوله.

قلت: جعل السكوت هنا قبولاً فيتعارض فيه مفهومها.

فقال فيها: من وهبك ديناً له عليك فقولك له: قد قبلتُ قبضها، وإذا

قبلت سقط. وإذا قلت: لا أقبل بقي الدين بحاله. وإن كان دينه على غيرك فوهبه لك، فإن أشهد لك وجمع بينك وبين غريمه ودفع إليك ذلك الحق، إن كان عنده فهذا قبض، وإن لم يكن كتبه عليه ذكر الحق فأشهد لك وأحالك به عليه كان ذلك قبضاً. وكذا إن أحالك عليه في غيبته فأشهد لك وقبضتَ ذكر الحق. وهكذا تقبض الديون. انتهى.

وكان يتقدم لنا: وكذا إذا أشهد مع الغيبة كالهدايا، وزاد ابن الحاج: الإشهاد والحوالة كظاهِرها.

وسئل اللخمي عمن أشهدَ شاهديْن أنه اعترف لابنته البكر قبل دخول زوجها بها باثنين وعشرين ديناراً قبضها من صداقها وأنه صرف ذلك في بعض شوارها، فسلمت البنت أن يكون [107 ـ ب] ذلك لها قِبَله فأوجبها لها على نفسه، فهل يلزمه ذلك أم لا؟.

فأجاب: إذا كان إنما رضي الأب بالتزام الدنانير ويمضي. . .[1] بحاله لابنته كان ذلك هبة للدنانير، وهبة الأب له اعتصاره. وإذا كان له الاعتصار لم تنفع الشهادة.

ابن عات: يجوز أن يتصدق الرجل بثمرة حائطه لعام أو أعوام كثيرة ويكون القبض لها بقبض الحائط في سقْيه والعلاج عليه والنظر فيه، ويُجبَر الواهب على دفعه. المشاور: فإن كان لأعوام فنفقة السقْي والعلاج في المدة التي لا ثمر فيها على ربه ويتولى ذلك الموهوب له، فإذا طلعتْ الثمرة انتقلت النفقة إليه.

قلت: هذا تقييد قوله في عراياها: والسقْيُ في ذلك على الموهوب أو المعمر وعليه الزكاة إن بلغ حظه ما فيه الزكاة. ومعناه إذا كانت في النخل الثمرة، وأما السنون التي لا ثمر فيها فهي على الواهب. وقوله في صدقتها: أو وهب الأصل واستثنى ثمرتها عشْر سنين، فإن كان الموهوب يسقيها بمائه لم

(1) كلمة غير مقروءة بالأصول.

يجز وهو غررٌ. ولو كان الواهب يسقيها ويقوم عليها جاز كأنه وهبها له بعد عشر سنين. ويقوم منه أنه لو حوّزَها للموهوب وكان السقي والخدمة على يديه أنه يصح له الأصل. وقد نص عليه ابن فتوح قياساً على الراهن الذي يتولى النيابة في العمل المرتهن والثمرة للراهن أحْرَوِيّاً لقوة التجويز في الرهن. وأجراها شيخنا في مختصره على الخلاف في حيازة المستأجر. ووقعت وأفتى فيها بالأول قياساً على الرهن كما تقدم.

ابن الحاج: في جامع المنتقى للباجي: صدقة التطوّع تجوز لكل أحد غني أو فقير.

قلتُ: يريد والواهب عالم وإلاّ فهو حرام.

وقال عياض عن الذي يأكل بدينه: هو أحد الغاصبين لا سيما إن كان يُظهر خلاف ما يُبطن، فهو كآكلي السُّحْت، كالمرائي يريد الصلاح والفقر ليأكل بذلك ما لا يحل له.

وعن بعض المتأخرين في من أراد أن يتصدّق تطوعاً فلم ترْضَ والدته [108 ـ أ] بذلك فإنه يمضي على صدقته ولا طاعة لها في ذلك إلاّ أن تكون محتاجة لحقها أو لاّ.

قلت: ويُردّ قولها بحسنى لا بعنف كما قال تعالى ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[1] مع قوله سبحانه ﴿وَإِن جَاهَدَاكَ لِتُشْرِكَ بِي﴾[2] الآية. ومثله للسيوري، وزاد: أن يخلو بزوجته في جناته وأرادتْ أمه الخروج معه ولم يرد هو ذلك قال: له الخلو بأهله ويطيّبُها ما استطاع.

وعنه أيضاً: في أرض تُعْرَف للمساكين وهي دائرة بين الجنات فعمرها رجل ومَنَعَها من غيره وقال إنه من المساكين، فلا يختص بها دون غيره من المساكين، لكن يعطيهم الكراء وتحل له غلتها.

---

(1) سورة لقمان، الآية: 15.

(2) سورة العنكبوت، الآية: 8.

قلت: يؤخذ منه أنه غرس أرض حبس وأراد أن يستبد بذلك فلا يكون له ذلك. ونزلت وقال: إنما فعل ذلك ليأكل هو وغيره ممن شركه في الجلوس عند الشيخ الصالح أبي سعيد الباجي فلا يملكها، ويكون كما قال، لأنه قصد كونه من كون غيره في الغرس المذكور.

قلت: ورأيت معلقاً عن ابن حماد في امرأة حبست جنة لها على ابن وابنة لها، سهمٌ للأنثى وسهمْان للذكر.، وشرطتْ أن مَن مات منهما عن غير عقب رجع نصيبه على صاحبه. فماتت الابنة عن غير عقب وتركت زوجها وأخاها، وفي الجنة عنبٌ بدأ صلاحه. فقال الابن: العنب راجع إليَّ كالأصل، وقال ورثة الابنة. إنه يُورث عنها.

فأجاب بقوله: اختلف قول مالك في الحبس هل زال ملك المحبس عنه أم لا؟ فمن قال على ملك ربه وإنما خرجت منافعه، لظاهر قوله ﷺ لعمر «حبِّس الأصل وسَبِّلْ الثمرة» فعلى هذا الغلة متى لم يقسمها المحبس عليهم لم تُورَثْ عن أحد منهم وكانت لمن أدركه قسمها وهو حي. ولهذا قال مالك في رواية ابن عبد الحكم في الحائط المحبس على جماعة معينين: إن الزكاة في ثمرة الحائط، وإن لم يخرج جميعه إلاّ خمسة أوْسُقٍ على ملك ربه، وعليه [108 ـ ب] يزكى. وعن مالك الحبس خارج عن ملك ربه إلى الله تعالى، والمنفعة للمحبس عليهم، فعلى هذا الغلة المسؤول عنها للمحبس عليهم. فمن مات منهم فحظه موروث عليه لورثته. وهي رواية ابن القاسم. في من حبّس حائطاً على قوم بأعيانهم فأثمر الحائط، الزكاة على مَن بلغتْ حصته من الثمر ما فيه الزكاة. قال تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾[1] الآية، ولا يؤخذ من أحد إلاّ مَن يملك الملك التام. والصواب كون الغلة موروثة عن أهل الحبس إذا مات وفيه ثمرة فتكون موروثة على فرائض الله تعالى.

قلت: أصلها في آخر الحبس: من حبس ثَمَر حائطه على رجل بعينه حياته فكان يغتلُّها ثم مات المعطي وفيه ثمرة قد طابت فهي لورثته، وإن لم تطب فهي

---

(1) سورة التوبة، الآية: 103.

لرب الحائط، كما قال مالك في من حبس حائطه على قوم معينين فكانوا يَلُونَه ويسقونه فمات أحدهم بعد طيب الثمرة فنصيبه لورثته، وإن أُبِّرتْ ولم تَطِبْ فجميع الثمرة لبقية أصحابه يتقوون بها على العمل. ثم ساق المسألة وذكر الخلاف فيها، فانظرها في آخر حبسها.

وسئل بعض المفتين عن مريض له حوانيت ودور وأولاد ذكور وإناث فأشهد في مرضه الذي توفي منه بأيام يسيرة أنه تصدَّق على حفيد له دون بلوغ بدار سكناه، وعلى أجنبي بثلاثة من الدور ونصف حانوت، بشهادة عدول في موطن واحد وقدره على ما يزيد على ألفي دينار. ثم بعد ذلك رجع المتصدق عليه عن قبول الصدقة ورد عقدها، فتصدَّق بذلك على رجل آخر بشهادة العدول. فزعم بعض الورثة أن الصدقة ليست على وجهها، وأنه حَابَى بذلك عن بناته إلى ذكور أولاده، وأن الأجنبي يُعيد ذلك لأولاده، فهل يلزم المتصدق عليه يمين؟ وهل هي صحيحة أم لا؟.

فأجاب: الصدقة في المرض تخرج من الثلث كالوصية، فإن أثبتَ البنات أنه قصد بذلك الضرر بطلت، وإن لم يُثْبِتْن ذلك فلا يمين على المتصدق عليه.

قلت: يريد بقوله الضرر التوليج [109 ـ أ] البيِّنُ. وقوله لا يمين على المتصدق عليه لأجل أنه بشاهدين. وفيها الخلاف المشهور في الإشهاد بالنقد في البيوع والأنكحة، ويقول وثقت به. وكان يتقدم لنا الفتوى فيها. وإن كان ممن تليق به الدعوى حلف وإلاّ فلا.

وسئل: القاضي ابن عبد السلام عمن تصدَّق على عقب ولده الصغير في حجره بسبعة أسهم شائعة من اثني عشر جملة سهام جَنّة له وحاز ذلك من نفسه له على اعترافه وقوله في جمادى الأول عام ستة وأربعين وسبعمائة [1345 م] ثم باع بعد ذلك الأسهم الباقية من الجنة المذكورة، وأشهد بعد البيع أنه أسقط الشفعة الواجبة للعقب المتصدق عليه بالشفعة فيه صلاح وسدادٌ، فبادرَ المتصدق وحاز الصدقة من نفسه للعقب بمعاينة البينة في رمضان عام ثمانية وأربعين [1347] وقدَّم قاضي الموضع مَن شفع للعقب في السهام الخمسة

وذلك بعد طيب الجنة المذكورة وشروع الاجتناء فيها، فهل تصحّ هذه الشفعة بعد عامين؟ وهل للمبتاع تمسك بإسقاط المتصدق للشفعة قبل التحويز بمعاينة البينة أو لا؟ إن صحت هذه الشفعة فلمن تكون الغلة؟.

فأجاب: يشفع للمحجور بماله إن كان له مال، وفي دخول الثمرة خلاف.

قلت: إنما أوجب الشفعة لكون مُسقطها ليس له ذلك لكونه جَدّاً، ولو كانت الصدقة على عقبه وولده لكان له الحوز عنه. وقد تقدم كلام ابن رشد: هل للوصي ولاية على أولاد مَن في ولايته أم لا؟ أو لمن للمحجور عليه ولاية؟ فانظر ذلك.

وتقدم لابن الحاج: أربعة لا شفعة لهم: مسألة المتفاوضين في المدونة، وبيع الوصي جنة ببينة من مال مشترك بينهما، وقيل له الشفعة كما إذا باع نصيبه فإنه يأخذه لليتيم بالشفعة. والثالث بيع حصة ولده الصغير في دار مشتركة بينهما، والوكالة على بيع شقص هو شفيعه، لأن البيع تسليم بخلاف شرائه بالوكالة، والله أعلم.

وسألت شيخنا الإمام: عما يأتي إلى الموتى من [109 ـ ب] الفتوح ويوعدون به، مثل أن يقول: إن بلغتُ كذا لسيدي فلان كذا، ما يُصنَع به؟.

فأجاب بأنه ينظر إلى قصد المتصدّق، فإن قصد نفع الميّت تصدق به حيث شاء، وإن قصد الفقراء اللذين يكونون عنده فليُدْفَع ذلك إليهم، وإن لم يكن له قصد فلينظر عادة ذلك الموضع في قصدهم الصدقة على ذلك الشيخ. وكذلك إذا اختلفتْ ذرية الولي في ما يؤتَى به إليه من الفتوح قصد الآتي به، فإن لم يكن قصدٌ حُمِل على العادة في إعطاء ذلك للفقراء أولهم وللأغنياء. وسمعته حين سئل: إني تصدقتُ بدرهم أو نحوه على سيدي محرز، فقال: يعطى ذلك للفقراء الذين على بابه.

وسئل بعضهم عمن تزوجت بمائة وخمسين ديناراً نقدها خمسين فصاغتْ بها حلياً وبعد ثمانية أعوام من دخولها وهبت جميع الحلي لإخوتها ولم يكن لها

إلاّ هو والكالىء على الزوج وهو فقير، فقام يرد الهبة المذكورة لأنها أكثر من الثلث بكثير.

قلت: الظاهر أن قيمة هذا الحلي أكثر من الثلث بكثير لأن الدَّيْن إذا كان على عديم فلا كبير قيمة له، وإذا كان هذا فللزوج رد ذلك، وبالله التوفيق.

ابن حدير: سئل ابن رشد عمن في ناحية داره تابوت، أو في بيته تابوت مقفولاً عليه أشهد في صحته عدولاً أن ما في داخل التابوت لابنته الصغيرة فلانة دون معاينتها فيه، فيموت. فيوجد في التابوت الحلي والثياب. هل هو للابنة أم لا؟ وكيف لو دفع مفتاحه لبَنِيه ولم يزل عندهم إلى وفاته؟

فأجاب: أما هبة ما في التابوت المقفول عليه فلا تجوز ولا تصح إلاّ أن يكون دفع مفتاح القفل إلي الشهود حين الإشهاد وعاينوه مقفلاً عليه ويوجد بعد موت الواهب على ذلك فيصح للابنة ما وُجِد داخله استحباباً.

وسئل شيخنا الإمام عمن توفي وورثه والداه لا غيرهما فاعترف رجل أن المتوفى المذكور كان دفع له مالاً في مرضه وأوصى أن يشتري بذلك ربعاً تكون غلته **[110 ـ أ]** للفقراء، والمال الموصى به يَسَعُهُ ثلث المتوفى وهو لم يشهد عليها غيره.

وسأل المعترف المذكور رجلين على معنى الاستفتاء بما يخلصه في ذلك شرعاً، هل تنفذ هذه الوصية أو يدفع المال لورثته؟ فلم يجب المسؤولان عن ذلك. ثم إن المعترف المذكور توفي وما عُلِم أنه اشترى بالمال شيئاً ولا دفعه للوارث والأمر مكتوم على والدي الموصي المذكور، وأراد المسؤولان القيام بالشهادة على تركة المتوفى المذكور بما اعترف به عندهما، فهل ترون إذ أشهدَ بذلك أن يدفع المال لوارثي الموصي بعد استيفاء الواجب بينهما وبين ورثة المعترف المذكور؟ وبعد أن يحلفا على ردّ شهادة المعترف المذكور أو يُشترى بالمال رَبعٌ على نحو ما ذكر المعترف الموصى على يديه المذكور ولا يُلتفت إلى وارث الموصي، وكان اعتراف الموصي على يديه بما ذكره في صحته، جوابكم في ذلك والسلام.

جوابها: إن شهد المسؤولان على المسائل بما ذكر وقد كان عيَّن لهما الموصي المذكور وما علما براءتهُ منها بحالٍ قضي بذلك المال لتركة الموصي المذكور ويدخل فيه وصاياه، وتحليف وارثيه على رد شهادة الموصى إليه المذكور ساقط لعدم ثبوت شهادته. إما أداءً فواضح، ضرورة أنه لم يؤدها، وأما ما نقلا فلأنه لم يأمر المسؤولين بنقلها عنه إلاّ أن يقولا أمرنا به والواجب في حياته رفع ذلك إلى القاضي، وأداء شهادته بذلك لعلّ أن ينضمّ إلي شهادته شهادة غيره أو إقرار.

قلت: تقدم أنه إن خفي له إخراج ذلك فعَله وإلاّ رفع إلى القاضي وكان شاهداً. وأما شهادة المستفتى ففي العتبية من رواية يحيـى عن ابن القاسم في المفتي يأتيه رجل مستفتياً فيسأله عن يمين ابتلي فيها فيُرى عليه حساً أو يسأله عن أمر فيه حق لبعض الناس ثم يناكر صاحبه فيستشهد صاحبه المفتي، قال: فليشهد له وكذلك كل من حضر سؤاله للمفتي إذا سمعوا القصة كلها حتى لا يخفى عليهم منها ما إن تُرِك أفسدَ الشهادة، وهي من ابن يونس [110 ـ ب] أيضاً.

عن ابن القاسم في العتبية وغيرها في مَن يأتي مستفتياً يسأل عن أمر يُنَوَّى فيه، ولو أقرّ عند الحاكم أو قامت به بيّنة فرّق بينه وبين امرأته، فيفتي أن لا شيء عليه فتطلب المرأة شهادة المفتي فلا يشهد عليه. ابن المواز: ولو شهد لم ينفعها لأن إقراره على غير الإشهاد. وما أقرَّ به عند الفقيه من طلاق أ حَدّ أو حقّ ثم أنكر فليشهد عليه إذا كان ممن ليس له رجوع عنه. وكذا من حضر الفقيه إذا سمعوا القصة كلها حتى لا يخفي عليهم ما يفسد الشهادة لو نزلت، وأصلها منها في شهادتها.

وغيرها: مَن سمع رجلاً يطلق زوجته أو يقذف رجلاً فليشهد بذلك، وإن لم يشهد عليه أن يُخْبر بذلك من له الشهادة. وقد قال مالك في الحدود إنه يشهد بما سمع إن كان معه غيره. وسمعته قبل ذلك يقول في مَن مرّ برجلين يتكلمان في أمر فسمع منهما شيئاً ولم يُشْهَداه ثم يطلبه أحدهما بتلك الشهادة،

قال: لا يشهد له. ابن القاسم: إلاّ أن يستوعب كَلاَمَهُما مِن أوله فليشهد وإلاّ فلا، إذ قد يكون قَبْله كلام يبطله أو بَعده، فظاهره الخلاف لمالك، وعليه حمله بعضهم وهو دليل قول أشهب في الموازية: ومن جعله وفاقاً جعل المسألة على ثلاثة أوْجُه. انظر التنبيهات في الأقضية.

وسئل أبو محمد عمن له صديقٌ أيأخذ من ماله بغير إذنه؟ فقال: هو أعلم إن علم بطيب نفسه فأرجو السّعة في الشيء الخفيف. وعن سحنون: لا أعرف في الدلالة أصلاً في كتاب الله، لكن لو جُزْتُ بجنان ابن عطاء لأكلتُ منه بلا مشورة وهو خَتَنُهُ لا يكلّمه هجَرهُ لأنه نهاه عن نظر كتاب أبي محمد البكري فلم يَنْته، وأما الكثير من المال فلا يفعل.

قلت: حكى الزمخشري أو غيره عن أشهب أنه مرَّ مرابطاً بالإسكندرية فمرّ بجنان للّيْث بن سعد فتورّع عنه فلما رجع غلبتْه نفسه فدخل [111 ـ أ] وأكل منه، ثم أتى إليه واستحَلَّه، فقال له: أوَلاَ تستمع قول الله تعالى ﴿أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾[1] فأخذ ذلك من القرآن.

وتقدم مِن قوله في كتاب الجعل: ومن مرَّ بِرَاعٍ لم ينبغ له أن يستسقيه لبناً. وأخذ منه أبو جعفر: أنه مكروه إذ لا يُدرى هل تطيبُ نفسه أم لا. ولو تحقق طيب نفسه لم يكره، ومن تحقق خبث نفسه فلا يحلّ. وتقدم ما ذكره ابن رشد من طعام الفجاءة في كتاب الجامع أنه مكروه ولو عرض عليه. وإن تحقق عدم طيب نفس صاحبه لم يَجُزْ. وتقدم في أكل المار المسافر من ثمرة مجاورةٍ للطريق هل هو جائز أم لا؟ وعن أبي محمد: من وجه صبيا ابن صديقه أو لا بحاجة فالخفيف كمبادلة الشيء من قريب فأرجو خِفّتَهُ إن لم يضرّ بالصبي ولا يشقّ عليه.

قلت: في المدونة نحوه في مناولة العبد أو الصبي السوط أو سَقْي الدابة ونحوه مما لا أجر له غالباً. وفِعْل أبي العباس بن أبي طالب في عبد ناوله السوط وكان راعياً فاشتراه وغنمه وأعتقه وأعطاه الغنم هو من المكارم لا أن ذلك واجب عليه.

---

(1) سورة النور، الآية: 61.

مسائل الوصايا وما أشبهها من مسائل المحجور

الوصايا: جمع وصية كقضايا وضحايا جمع قضية وضحية. ومعناها لغة التذكير بمعنى التحذير والترغيب في ما يقع من المستقبلات. وفي عرف الفقهاء هي عقد يوجب حقاً في ثلث ماله تلزم بموته أو نيابة عنه بعده. وحقيقتها عند الفرضيين كذلك إلى قوله: تلزم بموته فقط.

وحكمها، قال اللخمي هي على خمسة أوْجُه؛ واجبة ومستحبة ومباحة ومكروهة وممنوعة.

فتجب بما فعله من تباعات لله سبحانه من زكاة أو كفارة يمين وشبهه مما فرط فيه أولاً أو لآدمي من ديْن أو قرض أو وديعة لم يتقدم الإشهاد بها، ولو كان قِبَله غصب أو تعدٍ فعليه الشهادة لتبرأ ذمته منه [111 ـ ب] وما سوى هذا فهو راجع لما يتطوّع به الموصي مما تعلّق به قربة لله سبحانه ولا تضرّ الورثة أو تضرّ لقلة المال ويرجى فيه من الأجر أعظم مما لو تركها فهي مستحبة. وإن كان يرجى من الترك أعظم فهي مكروهة، وإن تقاربا فهي مباحة، وإن تعلق بها معصية فهي ممنوعة. ثم ذكر حالات الورثة فانظرها فيه وهذا في المرض. قال: والصحيح إن كان عليه حق الله فعليه إيصال ذلك إلى مستحقه ناجزاً، ولا يجعله وصية. وإن كانت مداينة أو وديعة أو قراضاً فاختلف في الإشهاد، إن لم يشهد فقيل واجب وقيل مستحب على الخلاف في الأمر، هل هو على الوجوب أو الاستحباب؟ في قوله تعالى ﴿فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾[1] واختلف هل هو منسوخ؟ وقد تقدم. وأرى اليوم ذلك واجباً لما حدث بين الناس من الجحد والفجور، فيجب

(1) سورة البقرة، الآية: 282

الإشهاد حفظاً للأموال والأديان لرفع التنازع.

وفي المقدمات نحو هذا التقسيم إلاّ أنه تكلم على وجوب التنفيذ وقال: ما ليس فيه طاعة ولا معصية مثل أن يوصي ببيع ملك من أملاكه أو عبدٍ من عبيده وهو لا يرغب في ذلك، أو شراء عبد من الثلث للورثة وشبه ذلك. قال: وانظر هل يأتي على هذا المعنى اختلافهم في من أوصى بسَرَفٍ في أكفانه وحنُوطه، فقد قيل: إن الزائد فيه على الواجب فيه يكون من الثلث، وهو لسحنون. وقيل: تبطل، حكاه ابن شعبان عن مالك وابن القاسم. وما لا يلزم تنفيذه كالوصية للوارث أو بالزيادة على الثلث. وما لا ينبغي تنفيذه هو المكروه كالوصية بإقامة لهْو عرس مما استُخفّ وجُوّز. فإن أرادوا تنفيذه يُمْنَعوا، وشَذّ منذر بن سعيد وقال: الوصية فرض مطلقاً، واحتج بما ورد في القرآن، حكاه في منتخب الأحكام لابن وصول. قال ابن رشد: والذي يجب إخراجه من التركة قبل الميراث فإما من رأس المال أو الثلث. فالأول الحقوق المعينات تخرج كلها وإن أتت [112 ـ أ] على جميع التركة كإرث الولد والرهن وزكاة ثمر الحائط إذا أزهى فمات عنه، وزكاة الماشية إذا مات عند حلول أجلها ويكون ذلك الشيء فيها، وما أقرَّ به من الأصول والعروض بأعيانها. وأما الحقوق غير المعينات: فإن كان في التركة وفاءٌ بها أخرجت كلها، وإن لم تف بُدِىء بالآكدِ فالآكد، وإن كانوا في منزلة واحدة تحاصُّوا. وكذا الحقوق بالتبدية من رأس المال: الكفن وتجهيز الميت إلى قبره. وفي أحد قولي سعيد: إن الكفن من الثلث والصحيح ما عليه الجماعة. ثم حقوق الآدميين من الديون الثابتة بالبينة العادلة أو بإقراره في صحته أو مرضه لمن لا يُتَّهَم عليه، ثم حقوق الله تعالى المفترضات من الزكاة والكفارات والنذور إذا أشهد على نفسه في صحته بوجوب ذلك عليه في ذمته فيبدأ من ذلك كله في رأس المال الآكد فالآكد، كما يكون كذلك في الثلث إذا فرط فيه، فأما إذا لم يفرط فيه ولم يكن عينها في المال فهو من القسم الذي قبله.

قلت: كان شيخنا الفقيه الإمام ـ رحمه الله ـ يقول: من أراد أن يتحيّل بإخراج جميع ماله بعد موته فليفعل به مثل ما ذكر في هذا القسم، والأصل في

هذه الجملة من قوله تعالى ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾[1] تضمنت الآية ثلاثة أصناف: ديناً ووصية وميراثاً، فكان المفهوم من الوصية الذي ينفذ هو ما يعطيه الميت بالطوع غير الدين والميراث. ولما كان لا ميراث إلاّ بعد إنفاذ الوصية دلّ على وجوب إنفاذها ومنه قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ﴾[2] الآية فاختلف هل هي مُحْكَمة، وهي في من لا يرث من الوالدين كالعبد والكافر ومن لا يستحق الميراث ولم تنسخ، وقيل منسوخة في الوالدين، ثابتة في الأقارب.

وفي الصحيحين والموطإ عن ابن عمر قال: [112 ـ ب] قال رسول الله ﷺ: «ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة» وفي رواية «يريد أن يوصي» وفي رواية الترمذي (يبيت ثلاث ليال) عياض: حمله عامة العلماء على النَّدْبِ خلافاً للظاهرية لقوله: «ما حق امرىء مسلم». وحمله الكافة على معنى لا ينبغي لا أنه حق عليه، وإنما هو حق له. وكذا قوله (يريد أن يوصي) فصرفه إلى إرادته إلاّ لمن عليه تباعات من حقوق الآدميين فواجب الإشهاد، وقيل: هذا في الوصية. أما ما يكون بين الناس من تكرر المعاملات لما في ذلك من الشطط. وقيل: الحديث على العموم وقيل هو خاص بالمرضى. ومعنى قوله (مكتوبة) أي مشهود عليها، ولو لم يشهد فلا يمضي. ومعناه إذا كتب ليشهد. ولو جعلها بخطه وقال: إذا مت فلينفذ نُفذتْ إذا رفع على خطه.

ولصحة الوصية ثلاثة شروط: العقل والحرية وصحة ملك الموصي فيه. فلا تصح من مجنون ولا سكران ولا صغير لا يعقل ولا مبُرسَم ولا عبد لأنه لا يملك التصرف في المعروف ولو كان مأذوناً، ولا في من لا يملك التصرّف في ماله بالمعروف من الأحرار كمستغرقي الذمم لحقوق غيرهم إذ المال لغيرهم. ولا وصية للموصي في مال غيره، ووصية هؤلاء نافذة.

---

(1) وردة الآية في القرآن ثلاث مرات، سورة النساء، الآيتان: 11 ـ 12.

(2) سورة البقرة، الآية: 180.

الغرناطي: يُسمي الموصي وما أوصي به فإن كان إلى معينين هل إلى المنفذ معرفة أعيانهم، وتسمية المنفذ وقبوله إن كان حاضراً ويعقد الإشهاد عليهما. وأما تنفيذ الوصية فيسمى المنفذ والمنفذ إليه وما ابتاعه وفي ما أنفذه. وضمنت الإشهاد معاينة التنفيذ والقبض ومعرفة السَّداد في الابتياع. وفي ما ذكرناه كفاية.

وسئل القاضي ابن رشد: عمن أوصى بوصية من وجوه البر وأسند تنفيذها لأجنبي أو وارث، وقال: دون مطالعة قاضٍ أو غيره. هل لقاضٍ أو غيره مطالعة أم لا؟ وهل [113 ـ أ] يفترق الوارث من غيره أم لا مع الشرط المذكور؟

فأجاب: شرط الموصي عامل نافذ ولا يحلّ لحاكم تعقبه بوجهٍ، وارثاً أو غيره، لقوله تعالى ﴿ فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ﴾[1] الآية. والكلام للورثة إن كانت الوصية مما يبقى لهم فيها منفعة كالعتق وشبهه فلهم القيام حتى يُعلم تنفيذ الوصية، كان المنفذ وارثاً أو غيره، وما لا تبقى لهم فيه منفعة كالصدقة فلا قيام فيها إلاّ لوارثٍ خشية أن يحبّسها لنفسه فتكون وصية لوارث.

وسئل: عمن تقدم على تنفيذ ثلث. وفي التنعيم: لا اعتراض عليه من حاكمٍ ولا غيره، يريد مسامحة الورثة ومقاربتهم هل له ذلك أم للحاكم النظر عليه حتى يتحصل الثلث وتحصينه؟ فحينئذٍ ينفرد بصرفه.

فأجاب: بأنه لا يجوز له تقربهم في تقويم الربع ولا مسامحتهم بوجه. فإن اتّهمهُ القاضي فيجعل معه من يثق به في تحصينه. فإذا حصل فوض الأمر إليه في صرفه على ما ذكر في الوصية، ولا يستشرف عليه أحد وهذا في الوصي المأمون، وأما غير المأمون في تنفيذ الوصية فعليه البينة في تنفيذها على ما في سماع أشهب من الوصايا. فإن لم تقم البينة ضمن إن كان معْلِناً بذلك ولو أتّهم ولم يعلن استحلف ولا ضمان وإن نكل ضمن، وإن كان مأموناً فلا يمين وهو محمول على الأمانة حتى يثبت عدمها.

---

(1) سورة البقرة، الآية: 181.

وسئل السيوري عمن ادعى إخراج ما أُسند إليه إخراجه بغير إشهاد هل يصدّق أو لا؟

فأجاب: لا يصدق في ذلك.

قلت: لعله أسند إليه الإخراج في قوم معينين، ولو كانوا غير معينين لصدق في ذلك كما قال في شهادتها غيرها، إذا أمره على صدقته لمساكين بأعيانهم فإن يكونوا معينين فهو مصدق. وقد تقدمت مسألة قابض الحبس في مسائله فتذكرها هنا.

[113 ـ ب] ولابن الحاج في ذلك: لا ضمان على الأوصياء في ما أُسْنِد إليه إنفاذه لغير معينين وهو مصدّق ما لم يتبيّن كذبه. وإنما أخذ القضاة الأوصياء بإثبات ما أنفذوه لما أحدثوه من أكل أموال الموتى فاحتاطوا لهم، وهذا في ما قرب، وما بعد فلا يعوَضُ لهم فيه ما لم تثبت الضيعة والتفريط منهم وتظهر الريبة. وهذا في الوصي غير الوارث ولم يدع سائر الورثة إلى إظهار ذلك وإعلانه.

وسئل أيضاً عن مريض مات من مرضه ذلك وقد باع فيه لزوجه ضيعة من ضياعه وهو صيَّرها بخمسين ديناراً، وقيمتها حينئذٍ عند أهل العدل والنظر مائة تزيد قليلاً أو تنقض قليلاً، وأوصى بثلث ما يخلّفه لأولاد ابنته من هذه الزوجة ولم يكن له وارث سوى الابنة وأمها وهي هذه الزوجة، وله أخ غائب ببلدٍ بعيد له زمن طويل له أولاد ذكور وإناث ولا تُدرى حياته مع أولاده أم ممات من مات منهم، وله أولاد أخ حضور، فهل ينقض البيع في هذه الضيعة لأجل المحاباة وكونها خيار ماله وبيعها من وارث أو لا؟ وإذا لم ينقض فهل تمضي المحاباة وتكون من الثلث تقدمة على أصحاب الثلث أم لا؟ وإذا لم تمض هل يدخل فيها أصحاب الثلث أو لا يدخلون في مجموع ثمن الضيعة أو القيمة أو لا؟ لأنه باعها في حياته فكأنه قصد إخراجها عن الوصية بالثلث المذكور، وهل لها مقال في تحميل البيع إذا رضيت بدفع المحاباة مع الثمن أم لا؟ وهل لأولاد الأخ الحضور القيام بحق الغائب وأولاده أو لهم على تقدير كونهم وارثين في فسخ

هذا البيع؟ أو النظر في هذه المحاباة إن لم يقع فسخ أم لا؟ وإذا حكم بالضيعة أو ثمنها أو قيمتها أو المحاباة فهل يبقى ذلك بيد الزوجة مع [114 ـ ب] أنه يخاف على ذلك عندها لكونها غير مأمونة أو يطرأ عليها موت ونحو ذلك أم لا؟ حتى يكشف عن أمر الغائب أم لا؟

فأجاب: البيع يفسخ لما ذكرتَه أنه خيار ماله أو مع ما وقع فيه من الغُبْن ولا مقال لها، وإن تمتْ القيمة. وقد اختلف المتقدمون في المحاباة إذا كملها صاحبها هل يمضي البيع أو لا؟ ويشبه أن يكون اختلافهم ما لم تبلغ هذه المحاباة وما لم يكن القصد في عينه، بل في العين خاصة. وهذه المسألة لا يختلف فيها لأن القصد عين المبيع والموصى لهم بالثلث، لهم ثلث جميع المال وثلث هذه الجنة التي نقض البيع فيها ولا خصومة لهم على المرأة في المحاباة إذ لم يثبت لها بكونها وارثة، انتهى ما ورد بخطه.

ووقع نحو هذا السؤال بعد هذا وزاد فيه أنه اعترف لامرأته بدنانير مهرها ودين غير ذلك، وأوصى بأن يكفن بأربعة دنانير، ويدفع لبعض قرابته ديناران، وبكفارة أيمان، ثم رجع عنها. فهل توقف وصية الموصى لهم؟

فأجاب: إنّ ما أقرّ به من دين لم يعرف سببه فهو باطل، وما أقرّ به من الصداق فهو صحيح إذا كان يبقى مثله على مثله، وإن أفسده بعض عادات الناس الفاسدة رجع فيه إلى ما يجب في الصداق. وما رجع عنه من الوصية باطل وسقط السرف من الكفن إن كان في الوصية سرف، وتُوقّف الدنانير حتى تبرأ ذمته منها، وتوضع على يديْ عدل، والثلث لأولاد ابنته يؤخذ نقداً.

قلت: ما ذكره أولاً هو معنى قوله في آخر البيوع الفاسدة: بيع المريض من ولده بغير محاباة جائز، وكذا في وصيته أن يبتاع عبد ابنته فيعتق إلاّ أنه لا يزاد على قيمته. ابن محرز: معناه أنه لم يُحَابِه في ثمنه ولا يكسب رقبته ولو باعه بثمن مثله، إلاّ أنه آثره به للرغبة في عينه لم يجز أيضاً.

وفي عتقها الأول: إذا اشترى المريض عبداً بمحاباةٍ فأعتقه فالعتق مبدأ على المحاباة لأن المحاباة وصية فالعتق مبدأ على الوصايا. [114 ـ ب] فإن

كانت قيمة العبد كفاف الثلث سقطت المحاباة، فإن لم يكن للبائع غير قيمة العبد فهو من رأس المال، وإن بقي بعد قيمة العبد شيء من الثلث سقطت المحاباة. وقد قال يبدأ بالمحاباة لأن البيع لا يتم إلاّ بها.

وكان يتقدم لنا الفرق بين وجود المحاباة ولزومها، والبيع متوقف على الثاني. ومسألة الكتاب لم يحكم فيها غير وجود المحاباة. قيّدْناه عن شيخنا الإمام.

ابن الحاج: في رجل له جاه وقُدرة خطب ابنة رجل فأعطاها له بعد إبائه ودخل بها الزوج وفعل ما أدّى إلى عقوق الابنة لأبيها، ورشّدها وحملها للحج معه بجميع مالها بغير رضى أبيها، ثم رجع بها فمرضت وماتت عنده، فأخرج عهداً لها أنها أوصت بثلث جميع ما تخلفه لولد الزوج الصغير من غيرها، وقام به الزوج. ثم ظهر بعد ذلك عقد عقده الزوج على نفسه تضمن أنه أنفذ عتق المملوكة التي كانت للموصية المذكورة بسبب ما عهدتْ لها به سيدتها فلانة في كتب عهدها الذي توفيتْ عنه ولم تنسخه بغيره إلى أن ماتت في علم شهوده فطلب أبو الزوجة إظهار هذا الكتب المقرّ به، ففيه نسخ العقد الذي كُتب لابنه. فأنكر الزوج الكتب وقال: إنما عهدت بيني وبينها بعتق المملوكة وشراء موضع لدفْنها وتحبيس خَيْل عنها وفك أسرى وإعطاء أمّها وهي أم ولد الزوج مائة مثقال لشراء دار لها وأنا أوفي لها بذلك. وقال الأب: بل هو كتْبٌ أقْررتَ به فيه نسخ ما ذكرتَ. وشهد شاهد بأنه اعترف بمائتي مثقال لأمها ولم يشهد الآخر إلاّ بمائة. فهل يلزمه دفع هذا الكتب بهذا الإقرار ويسجن عليه ويؤدب إن أبى أم لا؟ وهل يقبل إقراره على ابنه بما ذكره أم لا؟

جوابها: العهد الذي أوصتْ به لابن الزوج نافذ إذا ثبت بغير مدفع فيه. والعهد الذي أنكره يلزمه إحضاره إذ إقراره بعقد التنفيذ يقتضي أن لها عقداً ثانياً يُبطل وصية الثلث أو بعضها وهو شهادة على ابنه ولا ينتفع [115 ـ أ] بها في مثل هذا.

وفيه: إشهاد الزوج في مرضه الذي توفي فيه أن ما يغلق عليه باب سكناه

لزوجه إن كان من زي الرجال فهو من ناحية الهبة لا يثبت منه شيء إلاّ ما يعترف به الورثة أو تقوم بيّنة لا مدفع فيها أنه إنما يشتريه لزوجه فيصح لها. وما في البيت من زي النساء فهو لها بعد يمينها إن لم يصدّقْها الورثة. وإشهاده لها بالشركة في الغنم التي تحت يده غير نافذ لها إلاّ بمعرفة الشركة أو ثبوتها. وما أشهد لها به من بقاء الكالىء في ذمته لا يسقط عنها اليمين بعد وفاته إن ادعى الورثة دفعه إليها. وما ذكره من استلاف ثمن الخادم لا ينفذ لها إلاّ أن يثبت تولية ببيعها وتناوله بنفسه فيكون ذلك لها بعد حلفها يمين القضاء عليه. وإقراره بالذهب الموقوف عنده للمسجد ماضٍ، ويؤخذ من رأس ماله. وكذلك إقراره لأخي زوجته بالدين لا سيما وقد ذكر عن أخته وزوجها ما يقوي إقراره. وعلى المقرّ له يمين القضاء وتنفذ الوصايا كلها من ثلث الموصي ويبدأ بالعتق، ولا تدخل في ما بطل من إقراره منها. وباقي الثلث يكون لمن وصّى له بما فضل، وتبطل وصيته الأولى له بالثلث لأن مقصد الموصي فسخ إقراره بثلثه وإن لم يصرح به. وقال ﷺ: «يؤخذ من العاهد آخر أمره». وعن عمر رضي الله عنه: ملاك الوصية آخرها.

وأجاب ابن رشد: إن صاحب الثلث يضرب به مع أهل الوصايا بالأكثر من الثلث أو بما فضل منه. وساق جوابه نحو الأول.

وفيه: رجلٌ له دَيْن على أُنَاس تصرفوا له في صحته وقاموا عليه في مرضه فأشهد لأجل ذلك بإسقاط مَا لَهُ عليهم ثم مات. فإن عُرِف التصرف وحسن التكفل وقيمة الأجرة مثل الدين فهو من رأس المال بعد حلفهم ما تصرفوا إلاّ ليطلبوا واجبهم في ذلك. وإن كانت الأجرة أقل كان ما بقي من الدين في الثلث. وبمثله أفتى ابن رشد إلاّ أنه لم يذكر في جوابه معرفة التصرف [115 ـ ب] ولا ذكر اليمين.

وفيه: رجلٌ أوصى بثُلُث ما يخلّفه لأم ولده وجعلها وصية على ولده وابنته منها، وله ابنة من غيرها. فتوفي ووُجدتْ الوصية مكتوبة في قطعة ورق ملفقة بخياطة فأقرّتْ أم الولد أن الموصي خرج عليها فقَطَعَها ولفّقها بالخياطة.

جوابها: هذا نسخٌ للوصية لا سيما وقد أقرَّتْ أم الولد أن الفاعل في ذلك هو الوصي. وفي حديث ابن عمر: (أرى أنّ شق الصحيفة يجعل شقها إبطالاً للحق وتركا للسلف) ولو وُجدتْ مقطعة ولا يعرف من قطعها وبقي منها ما يفهم مقتضاها لم يكن فسخاً حتى يثبت من يريد ردّها من الورثة أن الموصي قطعها.

قلت: شاع عندنا أن الرسم إذا قُطِعت البسملة منه أنه باطل. فإن ثبت أنه عادة فيعمل عليها وإلاّ رجع فيه إلى ما ذكره المتيطي وغيره: إذا وَجد في ذكر الحق محواً. . .[1] غير معتذر عنه، فإن كان ذلك لا يُخلّ شرطاً ولا قيداً في الرسم لم يضرّ وإن أبطلَ قيداً من قيود الرسم سقط بذاته، مثل أن يخلّ بتاريخ أو عدد ونحوه. وإن كان مما يُبنى عليه الرسم مثل الرسم المحكوم له أو عليه بطل جميعه. فهذا التقطيع يبنى على هذا الأصل.

ورأيت بعض القضاة إذا رأوا رسماً مقطوع الحاشية أو الأسفل يستريبون فيه ويُثبتون ويوقفونه زمناً رجاء أن يظهر له جزء أَوْ أمرٌ، فإن طال ذلك ولم يزل الأمر فيه بالاسترابة حكموا فيه بعد الاستظهار باليمين

وفيه: امرأة كان يخدمها رجلٌ في مرضها ويتصرف لها فقالت في مرضها: صدّقوه في ما قال من النفقة. فقال: أنفقتُ عليها اثني عشر مثقالاً وهي ضعيفة والرجل كذلك.

جوابها: إنه كالإقرار للصديق الملاطف، وأرى أن يحلف الرجل ويُعطى ما أثبته من النفقة على مثلها لأن ما ذكر لا يُنفَق لمثلها.

قلت: نقل اللخمي وغيره عن ابن القاسم في من قال: كنتُ أعاملُ فلاناً وفلاناً وفلاناً فما ادَّعَوْا عليّ فصدقوهم فليعطوا ما ادّعوا بغير يمين، يريد ما لم يدعوا ما لا يُشبه.

[116 ـ أ] وفي العتبية: في من قال عند موته ما شهد به عليَّ من دَيْن فهو مصدّق فيه هو كالشاهد. فإن لم يكن عدلاً أو نكل المشهود له عن اليمين فلا

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصول.

شيء له إلاّ قدر نصيبه. وعن أصبغ في الواضحة: يصدق وإن لم يكن عدلاً. زاد ابن يونس عنه كقول مالك في من قال: وصيتي عند فلان. فما خرج فيها فأنفذوه، إن ذلك نافذ ولا ذكر عدلاً من غيره. وكقوله في من قال من ادّعى عليّ من دينار إلى عشرين فاقضوه بلا بينة فهو جائز، ولم يذكر عدلاً من غيره... [1]

وفي العتبية أيضاً من رواية أصبغ: في من قال كنتُ أعامل فلاناً فما ادعى عليّ فأعطوه. قال: يُصدّق في معاملة مثله. ابن القاسم: ويكون من رأس المال، وليس الناس في قلة المال وكثرته سواء. وإن ادعى ما لا يشبه بطلتْ دعواه، فلم يكن من ثلث ولا رأس مال، وقال: يبطل ما زاد على ما يشبه مثله.

وفي الواضحة عن أصبغ: في من قال: من ادعى عليّ ديناً فحلفوه وأعطوه بغير بيّنة، أو قال: بلا يمين ولا بيّنة، ولم يوقّتْ للدين نهاية فهذا يكون من ثلثه، بخلاف الذي وقته.

وفي العتبية من سماع ابن القاسم: في من قال كنتُ أداينُ فلاناً وفلاناً فهم يصدَّقون في ما ادّوا عليّ. فقال: يُعطَوْا ما ادّعوه بغير يمين.

وفي وصاياها: إذا قال كتبتُ وصيتي وجعلتُها عند فلان فأنفذوها وصدّقوه. فيصدّق وينفذ ما فيها. وكذا إن قال قد أوصيته بثُلُثي فصدقوه. جاز ذلك وأنفذ ما قال. فإن قال: أوصي به لابني فقال أشهب: يصدق وعن ابن القاسم لا يصدق. وساق المسألة ابن يونس عن غيره كتبه عن مالك.

في من أوصى بعتق أو شيء في السبيل أو غير ذلك وأسنده لرجل فطلب الورثة النظر في ذلك. فإن كان الوصي وارثاً فلبقيتهم النظر فيه ويكشفون عن الوصي. وإن لم يكون وارثاً فلا يُكشَف عن شيء إلاّ عما يبقى للوارث نفعه من العتق الذي لهم ولاؤه. زاد ابن نافع عنه في المجموعة: إلاّ أن يكون الوصي سفيهاً فليكشف عن ذلك كله فَرُبَّ وصيّ [116 ـ ب] لا ينفذ من الوصية شيئاً. وفي ما ذكرناه كفاية.

---

(1) بياض بمقدار كلمة في الأصول.

ابن سهل: في مَن أوصتْ أن يُضرب على قبرها خباء ويُقرأ القرآن على قبرها بأجْرةٍ ذكرتْها وأن يباع بعض مالها لكفنها، وأقرتْ بديْن وأوصتْ بأن يُعطي بغير يمين. عن ابن عتاب: قول ابن القاسم إن المقرّ لهم بالدين يأخذونه بلا يمين كما أوصت. وعن غيره: لا بد من اليمين. وما ذكرت من بيع دار سكناها وإخراج الدين من ثمنها، للورثة أن لا تباع. من ذلك إن كان لها مال غيره يؤخذ منه الثمن حسبها قضاء دينها وإيفاء عهدها، وهو قول كثير من أصحاب مالك. وقول مالك وأصحابه: إن مَن أوصى أن يكفن في سرف من الكفن، فلا يجوز له منه إلاَّ كفن مثله في غناه وفقره. واختُلف في ضرْب القبَّة على القبر فكرِهَهُ بعضهم، وأجازه بعضهم ورأى إنفاذ الوصية به لاختلاف أهل العلم فيه.

وهو عندي مخالف لما رواه عيسى عن ابن القاسم: في من أوصى أن يُقام بمناحة على ميّت أن ذلك لا يجوز. وما عهدتْ لقارىء يقرأ على قبرها فهو نافذ كالاستئجار للحج، وذلك بخلاف ما لو أوصت بمال لمن يصلي عليها ويصوم، ويكون أمر القبة وأجرة القراءة في ثلثها.

قلت: هذا على ما اختار الأندلسيون. ابن رشد وغيره: إن الميت ينتفع بالقراءة عليه. وعلى ما اختاره القرويون أبو حفص العطار وغيره أنه من أعمال الأبدان فلا ينتقل كالصلاة، واحتجوا بقوله في جنائزها لا يقرأ على الجنازة، وحملوه على العموم في الصلاة وغيرها. فعلى هذا لا فائدة بهذه الوصية كقول ابن كنانة في الوصي بالحج. وفي المسألة قولان آخران ذكرهما بعض شُرّاح الرسالة: ينتفع بالقراءة عليه إذا بدأها قاصداً للميت خاصة، أو إذا حبس عند قبره فقرأ انتفع خاصة دون أن يُبعث له بذلك. وأما وصيتها ببيع دارها وقضاء دينها فيتخرج على ما ذكره ابن رشد، وقد تقدم تنبيهه عليه.

وفيه: نزلت بقرطبة مسألة عهد ابن الصديقي أن يخرج عنه ثلثه [117 ـ أ] فيفرق بعضه على أعيان وباقيه لأم ولده يُجْعَل لها ذلك في دار سكناه التي بداخل مدينة قرطبة، وأقرّ لرجل بمائتي مثقال وعهد أن يصدَّق فيها دون يمين

تلزمه، وجعل النظر فيها إلى أم ولده وابن أبي رعيل[1] على أن يشاور الوزير ابن. . .[2] وورثته ابنته وأخته والأخت غائبة، فنظر الوصيان ونفذ الثلث دون مشورة المشاور ونفذت أم الولد بقية الثلث في الدار المذكورة لنفسها مع شريكها في النظر، ودفعا إلى المقرّ له المائتين دون يمين. تقدم وكيل الأخت واعترض ذلك كله وتبرأ المشاور من المشورة في حين وفاة الموصي.

فأجاب ابن عتاب: النظر للقاضي في إكمال الأمر بسبب المشرف الذي تبرّأ وكل ما فعلاه مردودٌ إلاّ ما نفذ للمساكين والأعيان، ويستأنف النظر في ما نفّذته أم الولد نفسها، والذي أقرّ له بالدين لا يقبضه إلاّ بعد أن يحلف ولا ينتفع إلاّ بتصديق الموصي.

قلت: قد تقدم له من قول ابن القاسم إنه يأخذ ذلك دون يمين. فإمّا أنه رجّح القول الآخر أو سها عن مذهب ابن القاسم. وقد تقدم نقل ابن يونس عنه. قال: وأجاب ابن القطان: إن انفراد من أُوصِيَ إليه في العقد جائز بعد أن يتبرأ المشاور. وهو في سماع أشهب في العتبية. وقال في وصيين عُزل أحدهما بحالة أوجبتْ ذلك فالباقي يدخل معه غيره إذا كان أمراً يُخاف أن لا يقوى عليه وحده. وروى علي عن مالك: القاضي يجعل مع الباقي غيره، ومال إليه سحنون. ورواية علي محتملة. والذي تقدّم من قول مالك مكشوف. أو إذا قال الوزير: إنه تبرأ من المشورة عند وفاة الموصي صُدّق إذ لو كان ذلك عن رأيه كان جائزاً، ونظرُ مَن نظر في العهد المذكور جائز على ما جلبت من قول مالك، وأما التصديق في الدين فذكر ما تقدم من سماع ابن القاسم. والمسألة المشاوَرُ [117 ـ ب] فيها أبعد من إيجاب اليمين لأن الميت قد حلّ الدين.

وفيه: من أوصى للجذماء والقُطَّع بحاضرة قرطبة، هل يُعطى منها الذين بعدوة نهر قرطبة؟ قال ابن لبابة وغيره: يدخلون فيه.

قلت: يتخرج على مسألتين، الأولى: حكاها ابن رشد في من حَلَف أن لا

---

(1) ورد هذا العلم في جميع الأصول غير معجم.
(2) سقط اسم الوزير من جميع الأصول.

يتزوج بقرطبة، هل يتزوج من أرباضها أم لا؟ الثانية: ذكرها أبو عمران في من سافر من مصر فعبر بحر النيل للجيزة، فأفتى أبو عمران أنه يقصّر، وأفتى ابن الكاتب أنه لا يقصّر. فعلى ما قال أبو عمران لا يدخلون في الوصية في قوله تعالى ﴿ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُۥ حَاضِرِى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾[1] وفيها أقوال ذكرها اللخمي وغيره فانظره.

وفيه: من أوصى بثلثه على بنيه وترك داراً فأراد الوصي بيع ثلث الدار على الإشاعة، ويبقى الورثة في ثلثيها. فعن ابن لبابة: ذلك له إلاّ أن يدعوَ الورثة إلى القسمة، فذلك لهم ويباع الثلث مقسوماً.

وفيه عن ابن عتاب: في مَن أوصى ببيع داره وإعطاء ثمنها لزيد وأوصى بتنفيذ ذلك إلى رجل، فلمَّا توفي قال الموصى له بثمنها: أنا أتولى البيع وأقبض الثمن، أو قال: أنا آخذ الدار لأنها لي ولا تباع. فالصواب تنفيذ عهد المتوفى على وجهه، وأن يبيعها الوصي ويعطي ثمنها للموصى له، لأنه إذا أخذها وتولى بنفسه بيعها كان تغييراً للوصية وعزلاً للوصي. وعن ابن القطان مثله.

ويؤيده قول أصبغ في من قال: بيعوا عبدي وأعطوا ثمنه ابنه فلاناً، وقبل ابن العبد ذلك. الوصية جائزة ويباع العبد ويُدْفَع ثمنه إليه ولا يعتق عليه. بخلاف ما لو أوصى له بكتابة ابنه إن قَبِل عُتق عليه.

قلت: له فائدة في أقوال أصبغ لأنه أراد نفع ابنه بثمن أبيه بخلاف صورة القياس، وقد تقدم نظيرها في الوصية بها ليس فيه طاعة ولا معصية.

وفيه: عن ابن عتاب أمْلَى القاضي ابن بشير عقد دفع وصي مال يتيمه قِراضاً إلى رجل واعتُرِضَ عليه ذلك، وأنا أقول بقوله. ويشهد للمعترض ما في سماع ابن القاسم في العامل يقول لرب المال عند خروجه بالمال: أنا أُنفقُ من مالي في سفري ولست أحمل على مالك نفقة. قال مالك: لا يعجبني، قال [118 ـ أ] عيسى: لأن له منفعة إن شاء، ولو كان قد تجهز لم يكن به بأسٌ.

---

(1) سورة البقرة، الآية: 196.

وهذا بيّنٌ في الاعتراض على القاضي.

وفي سماع: عيسى في الشريكين في الحرث يسلم أحدهما للآخر الزريعة. فإن كان بعد عقد الشركة فلا بأس به، فقد أجاز التطوّع لهما بالسلف في وقت لهما فيه ترْكُ ما عقداه منها، لأن لكل واحد منهما الخروج عنها وتركها ما لم يبذر. فإذا بذَرَ فليس لأحدهما الخروج عنها.

قلت: أصل عقد الشركة لازم كما قال سحنون، فلذلك أجازه. ونحوه في المدونة. وفيها قولان غير هذا مقدماً ويكون قول القاضي جارياً على أنه في القرض يلزم، وهو قول ابن الماجشون، أو يجري على الخلاف في الملحقات بالعقود مثل مسألة التطوع بالثنيا، هل هي كالهبة أو من تمام البيع، إلى غير ذلك من المسائل كمسألة الزيادة في الصرف واستلحاق الثمرة وحال العبد بالعقد ونحو ذلك.

وفيه: من دفع مالاً قراضاً وأوصى بأنه للعامل فيذكر العامل أنه خسر بعض المال في حوالات. فعن محمد بن فرج: العامل مصدق ما لم يظهر كذبه إن شهدت بيّنة بالحوالة في المتاجر، وأخرى تصدقها، فالتي شهدت بالحوالة أعْمَلُ، ويحلف أنه خسر ولم يتعدَّ.

قال: وجاوبت أنا أن القابض مصدق في السلف والخسارة وفي الرد إن كان قبضه بغير بيّنة مع يمينه على ذلك إن اتهم إلاّ في صرفه إلى ربه فإنه يحلف ولو لم يتهم. وعن مالك: يصدَّقُ أنه أنفق من مال نفسه في سفره مائة درهم ليرجع بها في مال القراض ولو لم يكن في المال ربح.

وفيه: مَن أوصى بثلثه في وجوه نَصَّها فنفذت وبقي من الثلث بقية. فعن ابن زرب: تُفَرَّق تلك البقية على المساكين، قال: وبلغني أن ابن أيمن كان يقول تصرَفُ تلك البقية ميراثاً.

قلت: لا يبعد أن تجري على مسألة ما جُهِل صرفه من الأحباس أو أُبْهِم، وقد تقدمت في المدونة وغيرها، انظرها.

وفيه: في من شهدوا أنه أوصى بثلثه في وجوه سَمَّوْها. فعن ابن زرب:

يرجع الثلث ميراثاً. قال: ولو سجَّل [118 ـ ب] القاضي بثبوت وصية رجل عنده في وجوه سمَّاها الشهود وأغفلها القاضي فلم يذكرها في سِجلّه ووقف الثلث فلم يجد بعد ذلك من يحفظ الوجوه، فإنه يُسْتأنَى بالثلث ما رُجِيَ معرفة تلك الوجوه، فإذا يئس من معرفتها فُرّق في المساكين.

وفيه: في وصية بفداء أسير لا طالِبَ له، هي مسألة مفصلة فأرى أن يكشف جماعة أهل السبْي الذين عرفت بهم أو ممن يختلف إلى أرض الحرب. فإذا جمعتَ جماعتهم وكان منهم مَن رضيتَ هَدْيه ووقَع في نفسكَ أنه يعلم ما يشهد به فسمَّوْا لك أقواماً طال زمانهم في الأسر بسبب فقدان الطالبين لهم، فعلى الناظر في العهد أو القاضي تخليص هؤلاء، وإن تعذّر هذا وكان في الثغور من يثق به عمل على إيصال ذلك على من يتولى النظر.

وفيه: عهِدَ في فكاك أسرى معينين فانطلقوا قبل أن تنفذ الوصية، فعن بعض أصحاب ابن زرب: تُنفّذ في غيرهم كمن أخرج كسرة لمسكين وقف ببابه فيخرج فيجد المسكين قد ذهب، فاستحبّ له أن يعطهيا غيره. وعن ابن زرب: ليس مثله، وينصرف الفداء لصاحبه. ويشهد له ما في سماع أصبغ في الجنائز عن مالك: في من هلك فلم يكن له كفن فجُمعَ له عشرون درهماً فكفنه رجل من عنده وبقيتْ الدراهم، فإن الدراهم تُردُّ إلى أهلها إلاّ أن يشاؤوا أن يسلّموها للورثة، وأحب لأصحابنا أن يفعلوا.

وفيه: في مكاتبها: إذا أعان المكاتَب قومٌ في كتابته بمال يؤدّي منه كتابته وفضلت فضلة فإن أعانوه يمضي الفكاك لرقبته لا صدقة عليه فليرد إليهم الفضلة بالحصص أو يحللونه منها. وإن عجز فكل ما قبض منه السيد قبل العجز حِلٌّ له، كان من كسب العبد أو من صدقة عليه. فأما لو أعين به على فكاك رقبته فلم يَفِ ذلك بكتابته كان لكل من أعانه الرجوع بما أعطى إلاّ أن يحلل منه المكاتب فيكون له. ولو أعانوه صدقة لا على الفكاك [119 ـ أ] فذلك إن عجز حِلّ لسيده. فكان يتقدم لنا أنه يؤخذ منه في الأسير يعان للفداء ثم يخرج بغير شيء أو بموت أو بفداء بأقل من ذلك.

وقد وقعت مسألة: يموت الأسير وآخر أخرج بغير فداء وحكم فيها بأن يرجع المال لربه، لا أنه يستحب له أن يجعله في فداء أسير آخر. وفي نوازل ابن رشد مسألة من هذا.

ويؤخذ منه أيضاً: مَن دفع مالاً لرجل على أن يقرأ به العلم أو يحج أو يجاهد به فلم يفعل، فالتقسيم فيها كلها كالمكاتب سواء. ومنه مسألة إذا صُولِحَ على إسقاط بعض الدين على تعجيله فلم يفعل، فلا إسقاط له. وغير ذلك من المسائل التي هي شروط والأصل فيها قوله ﷺ «المسلمون عند شروطهم» وقد تقدّم منها في البيوع.

ابن الحاج: الثلث الموصى به للأسير يكون لورثته بعده وثمن العلج للأخ الذي اشتراه بعد حلفه في مقطع الحق أنه إنما اشتراه لفداء أخيه خاصة لا لأخيه. وليس لأخيه عنده إلا الثلث الموصى به له وإياه أراد هو له، أرجو أن يكون له ما أفدى له به ويبقى له ما اشترى له به دابة.

ابن الحاج: إذا أوصى إلى رجل واحد جاز له أن يوصي لغيره في حياته وبعد موته وهو ظاهر النكاح الأول والوصايا. ونحوه في نوازل عيسى من الوكالات. وإن أوصى إلى رجلين فمرض أحدهما، فإن أوصى إلى شريكه فظاهر قول سحنون في سماع يحيـى من الوكالات ليس له أن يوصي لغيره منها ولو من الشركة. وظاهر كلام يحيـى بن سعيد أن له إسناد الوصية لغيره ولو خيّر شريكه. وهو قول أشهب وليس لابن القاسم فيها نص فأحرى أن يجوز لشريكه. وحكى التونسي القولين، وانظر لو كانا وصِيّيْن فأوصيا لرجل واحد بماليْهما وحضرهما الموت هل يجوز؟ والأشْبه جوازه.

قلت: الذي ليحيـى بن سعيد فيها: إن أوصى أحد الوصيين بما كان إليه من الوصية [119 ـ ب] إلى غير شريكه فيها جاز ولسْنَا نَقول بذلك إلاّ أن يزعم أن الوصي لا يوصي بما أُوصيَ به إليه. ابن سهل عن ابن لبابة: يمكن أن يكون هذا اللفظ لمالك وهو الأقرب، ويمكن أن يكون لسحنون.

وفي النوادر: إذا كانا وصيين فأوصى أحدهما بما إليه من ذلك إلى أجنبي

جاز عند يحيى بن سعيد وأشهب وأباه سحنون. وسأل ابن دحون ابن زرب عن الوصي يتخلى عن النظر إلى رجل آخر، قال: ذلك جائز ويتنزّل منزلته. قيل: فلو أراد العودة في نظره؟ قال: ليس له ذلك وقد تخلّى منه إلى الذي وَكَّل.

قلت: يؤخذ من هذه أن من حبّس شيئاً وجعله على يدي غيره ثم أراد عزله فليس له ذلك إلاّ بموجب يظهر، كالقاضي إذا قدَّم أحداً على يتيم فليس له عزله إلاّ بموجب، ويزول نظره عنه في الصورة الأولى ولا يرجع إليه.

وفيها: إذا أعتق أحد الشريكين حصته من العبد وأراد شريكه التقويم عليه ثم بدا له وأراد العتق فليس له ذلك، بخلاف حكمَيْ الصيد في الحج إذا حكما بجزاء ثم أراد المحرم الانتقال إليه بذلك. وكان يتقدم لنا الفرق، أن مسألة العتق هو لمعيّن فأجبر له ومسألة الحكمين ليس له طالب معين. ونزلت بشيخنا الإمام وكان يُقدم على حُبُسه من يستحسنه ويعزل من ظهر له عزله. وهو عندي صواب لأن نظر المحبس أقوى من نظر القاضي في حبسه فلا يتصور عليه فيه ما دام حيّاً كما له التقديم في حياته وبعد مماته من غير أن ينظر عليه أحدٌ من قاضٍ أو غيره.

ابن سهل: قالوا في رجل أوصى على أنه إلى فلان وفلان، فمن مات منهما أو غاب فالباقي منفرد فثبتت سخطة أحدهما، فللقاضي أن يوكّل مع الباقي ناظراً مأموناً ولا ينفرد لأن المعزول بسخطة لم يمت ولا غاب.

وفي أحكام ابن زياد: إذا عُزِل الوصي بسخطة فإنه يكشف عما بيده ويقيد إقراره وإنكاره فإن أبى من الجواب فالمروي عن مالك أن يحمل السوط على المدعى [120 ـ أ] عليه حتى يُقرّ أو ينكر، وعن أصبغ: إذا أبى من الجواب جملة يقضى عليه لصاحبه بما يدعيه مع يمينه ويُنظر في ما باع من ربع أباع من ربع مرغوب فيه بغير إجزال من الثمن فسخ وأعدي المشتري على البائع بالثمن، يريد ويرجع هو في مال الأيتام إن ثبت أنه أدخله في مصالحهم، قاله ابن لبابة وغيره.

وإذا قلع الوصي نقض دار اليتيم وحمله إلى قريته وبناه في ملكه فيؤمر

بإحضار ما نقل، فإذا أحضره ألزم قيمة الهدم يوم هدمه. يقال: ما قيمة الدار قائمة؟ فيقال: مائة دينار. وما قيمتها منقوضة مع نقضها الحاضر المقلوع؟ فيقال: خمسون ديناراً، فنقْص النقض خمسون ديناراً، فعليه أداؤها للمقدم مكانه فينظر فيها لليتيم. وما زعم أنه أتلفه من نقضها فيشدد عليه فيه بالسجن، فإن أحضره وإلاّ حلف على ما يدعيه من تلفه ثم أدى قيمته مع قيمة الهدم، إلاّ أن يكون باعه بأكثر من القيمة فيؤخذ بالثمن. وإن أدخله في بنائه وهو قائم العين ففيه اختلاف: فقيل يترك ويؤدي قيمته وهو قول ربيعة، وفي المدونة يقلع من مكانه، قاله في الغاصب، وهذا مثله. وفي المختصر: على الغاصب أجر القلع والهدم، وهذا على الأشهر من المذهب.

قلت: ونزلت بالقيروان مسألة، وهي أن رجلاً عمل غسالة وأضاف ساقيتها إلى ساقية الدباغين فمرَّتْ بإزاء حَقّ لرجل فوجدوها تضر بذلك الحق فأمر بقطعها وتغيّر تلك الآثار وأداء الأجرة من عنده حتى فسدت، ثم بعد ذلك حُبّستْ تلك الغسالة أو أكثرها على السور، فأُعيدتْ إلى ما كانت عليه ورُوعِيَ فيه أخفّ الضررين. وبذلك أفتى شيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ وقال: هو الذي تقتضيه الأصول الفقهية والمالكية، وتقدمت قبل هذا.

ابن سهل: ويجوز أن يحكم على الوصي ببناء ما تهدم وصرفه على حاله يوم نقض وينفق في ذلك من ماله حتى يعود كما كان.

وفي [120 ـ ب] مختصر ابن أبي زيد من رواية أشهب عن مالك: من هدم جداراً لرجل كُلِّفَ أن يبنيه. أبو محمد: وهذا غير قول ابن القاسم. وفي سماع ابن القاسم: في خليج لرجلٍ يَجري تحت جدارٍ لرجل فهدمه، فإنه يكلف ببنائه. فهذا مثل رواية أشهب. ونظيره من روايته: من باع شاة واستثنى جلدها فاستحياها مشتريها فعليه جلد مثله. وفي النوادر عن ابن كنانة: ولا ينقص بنيان الحبس ولا يبنون فيه حوانيت، وهو ذريعة إلى تغيير الحبس. ومن كسر خشبةً من أهل الحبس أو غيرهم فعليه مثله ورد البنيان كما كان خوف أن تؤخذ منه القيمة بتحوّل الدار عما كان حبسها ليه.

وتقدمت مسألة: إذا ترك الوصي جنات المحجور وكرومه وأهمل عمارتها حتى تبوّرتْ ويبست، فإن عليه قيمة ما نقص منها. كمن دفع إليه دابة وعلفها فتركها بلا علف حتى ماتت فعليه قيمتها مع الأدب.

وأفتى ابن عتاب في وصيّ باع قمحاً على يتيم وقام عليه محتسب وقال: بعتَهُ بغير وجه يوجب البيع ومبلغه كذا، وزعم الوصي أنه باعه خوفاً من السوس وقد شَرَعَ فيه ولا أعرف كيله، فيحلف الوصي على ما قال وما يتيقّنه من العدة فإن أبى شدد عليه بالسجن، فإن طال سِجْنه أطْلق.

ابن الحاج: للمحتسب القيام على الوصي بمعرفة قدر ما ترك الميت ووقَفَهُ على جميع التركة، وإن لم يكن وارثاً للأيتام وإن أنكر بعض ما أُوقِفَ عليه ولم تكن بينة حلف ولا تؤخر اليمين. ولو كان الوصي أمّاً ففي تحليفها اختلاف.

وسئل ابن رشد عن وصي على محجور له ولي جاء يطلب الوصي أو القاضي في نسخ عقود الأملاك مما تصدّق به عليه أو نحل أو كانت له، وسأل كشف الوصي عن التركة لأجل أنه وارثه فيصير إليه المال بعد موت المحجور، هل له ذلك أم لا؟

جوابها: ليس لولي اليتيم كشف وصيه عمّا بيده من [121 ـ أ] مال ولا خصومة ولا أخذ عقود نسخ أصوله، وعلى الوصي أن يشهد ليتيمه بما له في يده من مال، فإن أبى من ذلك أخذه الحاكم بأن يوقف فيعين مال اليتيم.

قلت: مسألة ابن الحاج قام محتسب، وهذه قام لنفسه لأجل وراثته، ولو قام محتسباً قُبِل منه ذلك. وتقدم له في مسائل الحجر: إذا جرى بين المشرف والمحجور شنآن ومخاصمات وإذا اختلس المال وقال: خفتُ عليه من الوصي أنه يوجب سقوط مشورته لعداوته فلا يؤمن عليه فيسقط إشرافه. وكذا اختلاسه لبعض المال ولا يعذر بما ذكر ويَجعل مع الوصي مشرفاً غيره.

وسئل عمن عهد في وَصيّته أن فلاناً وصيّه على بَنيه، وذكر في آخره أنه

ناسخ لكل عهد تقدمه، وتاريخه بعد الأول بنصف شهر. فهل يُفسخ إسناد الوصية لفلان لما ذكر في العهد الثاني من تعميم النسخ أم لا؟ ويكون النسخ راجعاً لتلك الأشياء التي لم تذكر في الثاني دون الإسناد المذكور.

فأجاب: إذا لم يذكر في الثاني شيئاً من إسناد الإيصاء بالأولاد فلا ينسخ الثاني الإيصاء بالأولاد الأول، ويحمل على أن النسخ راجع إلى الأشياء المذكورة من معنى ما ذكر في الثاني، لأن النسخ رفع الحكم بحكم غيره، وأما رفعه بغير حكم فلا يُسمَّى نسخاً وهو رجوع عنه وإبطال له. فلو قال في الثاني: يبطل لكل عهد تقدمه لبطل به جميع ما تضمنه الأول من إسناد غيره.

وسئل عمّن أوصى بعتق جارية له وذكر أنّها ذكرتْ أنها حامل منه وأقرّ بوطئها، فهل تُعتَق من رأس المال إن ظهر حملها؟ أو تكون الوصايا في ثلث بقية المال لما ذكر من ذكر حملها؟ أو تكون قيمتها مبدأة من الثلث وتكون الوصايا في ما بعد ذلك من الثلث لكونها لو لم تَحْمِل لكانت كذلك؟.

فأجاب: بأنها تخرج من رأس المال وتكون الوصايا في بقية ثلث ماله كانت [121 ـ ب] عنده أنها غير حامل أو شك في ذلك الحكم سواء لأن ظهور الحمل أبْطلَ الوصية لعتقها، فأشبهَ ما لو استحقت بحرية أو ملك فتسقط، ومتعلق الوصايا في ثلث بقية المال، ولا خلاف في هذا وإنما الخلاف على علمك في ثمن ما يرجع به مما استحق بملك أو حرية، هل تدخل الوصايا في الثمن أم لا؟

ابن سهل: في رجل أوصى أن تُعتَق مملوكته وتُعطى ثياباً بأعيانها ويعطى باقي ثلثه لبني أخيه، ثم أعتق الموصى تلك المملوكة في صحته وأعطاها تلك الثياب فإنه يخرج قيمة المملوكة وقيمة الثياب من ثلثه وينصرف ذلك ميراثاً، ثم ينفذ باقي ثلثه لبني أخيه. وعن الإشبيلي: يخرج ثلثه لبني أخيه أولاً ولا يخرج منه قيمة المملوكة ولا قيمة الثياب.

قلت: وتقدم أن من أوصى بشيء أو وهبه ثم لم يحَوِّزْهُ حتى مات، وأوصى بوصايا. هل تدخل في الثلث هذه الهبة؟ كما علم به في سماع عيسى

من المستخرجة، وبه أفتى ابن عتاب، أو ينظر إن كان يجهل مثله إبطال الهبة بعدم الحوز فترجع ميراثاً؟ وإن كان لا يجهل فتدخل فيها الوصايا. وقد نزلت بشيخنا الإمام ـ رحمه الله ـ في تركته واختلفنا فيها. فقال بعضهم: هو كمالٍ لم يُعلم به، فرددتُ عليه بهذ المسألة، تخرَّج الحكم على ما ذكرته.

وسئل ابن رشد عمن اعترف لزوجته بديْن في مرضه المتصل بوفاته وهي حامل فلم يحملها ورجع عن كثير من وصاياه بسببه، فهل يكون إقراره عاملاً بسبب ظهور الحمل أم لا؟ وكيف لو لم ينظر في التركة إلاّ بعد ولادة الزوجة؟

جوابها: الذي أراه أن علمه بالحمل بعد إقراره بالدين وعدم رجوعه عنه إلى وفاته موجب صحة الدين فرجوعه عن كثير من الوصايا بسبب من أول ما يَستدلّ به على نفي التهمة عن إقراره.

وسئل: عمن أقرّ لزوجته وهي حامل بدين في مرضه ويُعرف منه لها الميل والانقطاع، هل الحمل مثل الولد الظاهر أم لا؟

جاوبها: إذا عرف منه ميل وانقطاع بطل إقراره بالدين إن لم يُورث بولد.

وسئل عمن أقرّ في [122 ـ أ] مرضه المتصل بوفاته ليتيمة في حجره بالوصية أن لها عنده عشرين مثقالاً ولم يدّع عليها شيئاً فتوفي فادعى الورثة أنها في حضانته وأثبتوا عليها نفقة، هل وصيته مسقطة لدعواهم أم لا؟

فأجاب: ثبتت لها الدنانير وتبطل دعوى الورثة ولا يحاسبون اليتيمة بشيء مما أثبتوه.

قلت: تقدم لابن رشد في طلاق السنّة من الشرح أن مال الابن على أربعة أوجه: أحدها أن يكون عيناً قائماً في يد الأب، أو عرضاً قائماً في يده، أو أستهلكه وحصل في ذمته، أو لم يصل بعد إلى يده.

فالأول لا يخلو أن يكتب النفقة عليه أو لا. فإن كتبها لم تؤخذ من ماله إلاّ أن يوصي بذلك، وإن لم يكتبها لم يؤخذ من ماله ولو أوصى بذلك. والوجه الثاني: أن يوجد العرض في تركته، فإن كتب النفقة عليه حوسب بها ولو أوصى

أن لا يحاسب بها، لأنها وصيته لوارث، وإن لم يكتبها حوسب بها إلاّ أن يوصي بعدم المحاسبة. والوجه الثالث أن يكون استهلك المال وحصل في ذمته فيحاسب الابن به كتب الأب عليه النفقة أو لا، إلاّ أن يكون كتب لابنه بذلك ذكر حق وأشهد فلا يحاسب بما أنفق عليه.

قلت: وهذه مسألة تجري عليها.

قال: والوجه الرابع أن لا يكون قبض المال ولا صار إليه، سواء كان عيناً أو عرضاً. مثله: إذا كان عرضاً بيده ولا فرق بين موت الأب والابن في ما يجب من محاسبته بما أنفق عليه.

ولابن فتحون: إذا كان للابن مال وأنفق الأب من عند نفسه وأبقى مال ابنه على حاله ثم مات الأب وأراد الورثة محاسبة الابن بذلك، فإن قال الأب عند موته: حاسبوه أو لا تحاسبوه فيُعمَل على ما قال، فإن سكت ومال الابن عين فلا يحاسب بذلك، وإن كان عرضاً حاسبوه بذلك. وإن لم يكتب فلا يحاسَبُ، رواه ابن القاسم عن مالك. ولابن يونس في إرخاء الستور طريقة أخرى فانظرها.

وسئل عمن أقرّ في مرضه المتّصل بوفاته ولا ولد له أن لزوجته كل ما انغَلَقَ [122 ـ ب] عليه باب دار سكناه مالاً من مالها وحقاً لها لا شيء له معها فيه وشركتها في بقر وغنم معينة وبعدم دفع كالىء صداقها وبدنانير لها ثم خادم قبضها لها لم تزل في ذمته. وأبرأها براءة تامة عامة من جميع المطالب وعلق الأيمان وأن لأخيها عنده ديناً كان تسلّفه وأنفقه في وجه ذكره. وأوصى بتحبيس فندقَيْن واصطبل وحوانيت لثغر من ثغور المسلمين عيَّنَه ينفق ما تحصل في السبيل ومصالح المسلمين، وقاعة هذا الحبس ليها وظيف للسلطان. وأوصى بعتق عبدين له معينيْن وأن يعطيا دنانير وداراً سمّاها ويعطى لمعتق له ذهبٌ ذكر عدده وآخر سماه. وأقرّ بوقف ذهب بيده لمسجد سماه، وأوصى له بذهب آخر. وقال في وصاياه: تخرج من الثلث وما بقي منه فلرجل سماه. وأرخ ذلك. وكان أوْصَى لهذا الموصى له ببقية الثلث بجميع ثلثه وتاريخ الوصية في أواخر

شهر واحد. حقق شهود الثلث أنه كان إشهاده قبل الوصية ببقية الثلث، فهل يصح إقراره لزوجته بما ذكر؟ وما صحّ لها منه هل يلزمها فيه يمين أم لا؟ وكذا ما ادعاه عليها سائر الورثة هل يسقط يمينها بسبب البراءة المذكورة أم لا؟ وهل يصحّ ما اعترف به لأخيها أم لا؟ وكيف التحاصص بين أهل الوصايا وما يقوم منها بعضها على بعض عند ضيق الثلث؟ وهل يحاصّ الموصى له بالثلث به أم ليس له إلاّ بقية الثلث؟ وما يسقط من الإقرارات المذكورة هل تدخل فيه الوصايا أم لا ويكون للورثة؟

فأجاب: إذا ثبت ما ذُكر فإقراره لزوجته ساقط ولا يثبت منه إلاّ ما علم من متاع النساء ما يتعلق عليه دار سكناه خاصة ولا تثبت شركتها في المواشي المذكورة، ولا بد من اليمين في كالىء صداقها، وتتوجه عليها اليمين في جميع ما ادعاه عليه الورثة. وما اعترف به لأخيها ثابت إذا كانت حاله كما ذكره ويمضي من رأس ماله ما اعترف به للمسجد وينفذ، ويبدأ في وصاياه من الثلث بعتق العبدَيْن وما بقي بعد ذلك من الثلث يتحاصّ [123 ـ أ] فيه جميع أهل الوصايا ويضرب فيه الموصى له بالوصيتين بأكثرهما وهو الثلث، وما لم ينفذ لزوجته فهو للورثة لا مدخل للوصايا فيه. فلما وصل جوابه أشكل عليهم صفة ضربه بالثلث في الثلث. فسألوه عن ذلك.

فأجاب: بأن يجمع جميع تركة الميت من عين وأصل وأرض فيسقط منها جميع ما لم ينفذ لزوجته إذ لا تدخل في الوصايا ويسقط منها أيضاً جميع ما صح للمرأة من الدين بعد يمينها وما ثبت لأخيها أيضاً وللمسجد، إلا أن تكون دنانير معينة فتخرج بنفسها وما بقي بعده أخذ ثلثه فيبدأ فيه عتق العبدين ويتحاصّ بقية الوصايا في بقية الثلث بعد العتق، فيضرب فيه الموصى له بالوصيتين بأكثرهما، وهو ما تحصل من الثلث، وبقية الوصايا بمبلغ وصاياهم فما تحصل لأصحاب العين أخذوه، وما تحصّل مما يخصّ الفندقيْن مضى فيها. وتفسيره: أن يكون المتحصل من الثلث بعد رعي ما تقدم معيّناً وقيمة الدار الموصى بها ثلاثون وقيمة الفندقين ستون ومبلغ وصايا العتق ستة وثلاثون، فتكون المحاصّة في التسعين التي هي الثلث مائتين وستة عشر المؤلفة من

الوصايا التي هي التسعون جميع الثلث، والستون قيمة الفندقين، والثلاثون قيمة الدار، والستة والثلاثون مبلغ وصايا العين فينوب صاحب التسعين وهو الثلث من التسعين ثلاثة أثمانها وثلث ثمنها ولصاحب الدار منها ما يقع عليه محاصة قيمتها وهو ثمنها وتسع ثمنها، وما يخص الفندقين فيهما من المحاصّة ثمناها وتسعاً ثمنها، وللموصي لهم بالعين ثمنها وثلث ثمنها. وعلى هذا يكون الحساب في ما قلّ أو كثر.

وسئل أيضاً عمن أسند النظر في ثلثه لرجل ينظر مع الورثة وحصل الثلث وفرّقه على معيّن وغيره كما في الوصية، وكان في التركة شقْصٌ من ربع اشترك فيه بعض الورثة وغيره فاشترى [123 ـ ب] الشريك الوارث ذلك النصيب وتوزع ثمنه الورثة. ثم اطّلع على غلط ووهْمٍ وقد بيع من الربع أكثر من نصيب الميت للدار وثبت ذلك ووجب له الرجوع بالثمن في التركة إذ لم يجز سائر الأشراك بيع الزائد فأخذ من كل وارث ما ينوبه وبقي ما يقابل الثلث في ذلك، وقد فرق كما ذكر، هل يرجع ذلك على الوصي أم لا؟

فأجاب: لا رجوع على الوصي بشيء مما ينوب الثلث من الحصة غير المبيعة التي زادت على نصيب الميت، ويرجع المبتاع على من وجد من الوصي لهم المعينون، والمصيبة منه في من لم يوجد منهم وفي ما فرق على المساكين على مذهب ابن القاسم وروايته التي نعتقد صحتها.

قلت: ظاهر المدونة في كتاب النكاح: إذا أنفق الوصي التركة على الأيتام أنه لا ضمان عليه. وكذا في الوصايا الأول: إذا اشترى نسمة وأعتقها للوصية ثم طرأ دين، وقد فاتت الرقبة. وفي كتاب ابن المواز خلافه.

وفي الوصايا الثاني إذا استأجر عبداً أو صبياً للحج على مذهب ابن القاسم بغير قصد لذلك وهو يجري على الخلاف في المجتهد يخطىء هل يعذر بخطئه؟ وكذا القاضي إذا أخطأ في الحكم في مال على المشهور بخلاف الدماء. وقد تقدم ذلك في غير هذا الموضع.

وسئل عمن توفي وترك ابنين وزوجة وأخاً وأوصى في مرضه الذي توفي

فيه بأن تُخرج غلة دارين له فتصلحان منها وينفق ما فضل على مسجد سماه منذ عشرة أعوام وينفق على أخيه مدة حياته من غلة رحًى خلفها وتسقط ديون على أناس سماهم. ثم أوصى أن يفرق طعام وكتان وثياب وزيت، وذلك معلوم وتُعتَق مملوكة سماها، وسمّى لحفَدَتِه بني ابنيه جميع عقاره على اختلاف أنواعه وما يخلفه من حيوان وبقر وغيرها. فلم يجِزْ الورثة ذلك إلاّ قدر الثلث إذ الوصايا استغرقت جميع ماله، وقد كانوا فرّقوا الزيت والطعام والكتان والثياب، فما ينفذ من هذه الوصايا؟ وكيف يحاصصهم إن لم يمض منها إلاّ الثلث؟ وهل تنفذ وصية [124 ـ أ] الأخ أم لا؟ وكيف تكون المحاصّة بغلّة الداريْن المذكورتيْن على نحو ما ذكر؟ وكيف يقوّم خراجهما في المدة المذكورة؟ وكيف تقوّم الديون؟ ومتى يقوّم الحيوان هل يوم التحاصص أو يوم وفاة الميت؟ إذ قد هلكت منذ توفي صاحبها ولم يبقَ منها إلاّ القليل.

فأجاب: من حق الورثة أن لا يجيزوا من جميع وصاياه إلاّ الثلث فتُقوّم جميع التركة يوم النظر فيها ويعرف مبلغ الثلث فيبدأ فيه بعتق المملوكة الموصى بعتقها، فما فضل بعدها حاصص فيه جميع أهل الوصايا بمبلغ وصاياهم، ويُضرب للمسجد بقيمة كراء الدارين عشرة أعوام بعد إسقاط ما يحتاج إليه صلاحه منها، ويضرب للأخ بنفقته إلى منتهى التعمير، وذلك ثمانون عاماً على المختار من ذلك من الأقوال، ويُضرب لأهل الديون بعددها إن كانت على مياسير وبقيمتها إن كانوا معدمين، ويُضرب بقيمة الطعام والكتان والثياب والزيت، ويضرب للحَفَدة بقيمة ما أوصى لهم من الأملاك والحيوان، فما ناب المسجد وُقفَ لما يحتاج إليه، وما ناب الأخ ورث عن الميت إلاّ أن يجيزوه له، وما ناب الموصى لهم من الديون سقط ممّا عليهم، وما ناب الحفَدة جُعل في ما أوصى لهم به من ذلك من الرباع والحيوان وغرم منفذ الوصية بالطعام وما معه ما زاد على ما صح لهم في المحاصّة.

وسئل عمن أوصت بذهب معلوم ولآخرين بربع معلوم وقدّمتْ أوصياء فزعم الوارث أن ذلك أكثر من الثلث فرجع الأوصياء إلى الثلث ومالها جنات وربع فحبس أصحاب الذهب العين على وصيتهم فدفع لهم الأوصياء نصف

العدد مما حصل، فقام أوصياء الربع في طلب حقهم لما رأوْا ذلك فدفعوا لهم نصف مالهم وأطلقوا أيديهم في استغلاله وضم الباقي مع ما استغل من الربع، فهل يحاسب من دفع لهم نصف الربع بالاستغلال إذا دفع لوصية الذهب نصف [124 ـ ب] عدده أم لا؟ وهل يُحَاسَب الوارث بما استغلّ عند إكمال الثلث أم لا؟

فأجاب: ما فعله الأوصياء والوارث خطأ، والواجب كان أن ينظر إلى المال حين ادعى الوارث أو الغلة لا تحمل الوصايا المعينة، فإن لم يحملها الثلث يخيّر الوارث في أن يدفع جميع الوصايا لأصحابها كاملة فيعجل الذهب لأربابه ويدفع الربع لأصحابه أو يقطع لهم بجميع الثلث فيكون الموصى لهم بمنزلة الأشراك في كل ما خلّفَتْه المرأة. فكل ما بِيعَ أخذوا ثلث ثمنه فيتحاصّون على قدر وصاياهم، وكذا ما استغلّ لهم ثلثه على قدر أنصبائهم ولا يجعل وصية الموصى لهم بالربع بينة، لأن الوصايا حالت ورجعت إلى الثلث. هذا نص الروايات في مسألتك بعينها. وينبغي أن يُستدرك النظر في ذلك على هذا.

وسئل عمّن أشهدَ في مرضه أنه قدّم أخاه في النظر في ربْع له وقبْض أكريته وصرْفها حيث يراه من الوجوه يجتهد في ذلك برأيه، وذلكً مدة حياة صاحب الربع وبعد وفاته ما بقي المقدم المذكور ناظراً، فإن رأى قطع ذلك وتخلّى عن النظر رجع الربع المذكور ميراثاً بين ورثة صاحب الربع المذكور. وقبل المقدم المذكور هذا التقديم المذكور، وثبت ذلك عند قاضي الموضع وحكم بإمضاء هذا التقديم على حسب ما هو. وتوفي صاحب الربع المذكور منذ مدة وتولّى المقدم المذكور استغلال الربع والنظر فيه واستبدّ بمنفعته لنفسه دون الورثة وغيرهم، فهل يمضي له ذلك؟ وينظر في حياته وبعد مماته أم لا؟ وهلْ إذا تخلّى عن النظر يكون ميراثاً بين ورثة صاحب الربع يوم موته أو يوم تخلى المقدم المذكور عن النظر إن وقع اختلاف بينهم؟

فأجاب: حكم تقديم الأخ بعد موته وصرفه غلّة الربع حيث يراه حكم الوصية، فإن حمل الثلث الرَّبْع المذكور مضى التقديم فيه وإلاّ فبقدْر الثلث منه ما لم يجزْهُ للورثة. وأما صرف الغلة في منافعه فلا يجوز استبداده بذلك، فإن

فعل ضمنه للورثة [125 ـ أ] وإن زعم أن الميت أمره بصرفه في جهة سمّاها صُدّقَ في ذلك. وهو الحكم الواجب وإن لم يحكم به القاضي إلاّ أن يكون ممن يُتهم في تلك الجهة فلا يصدَّق أن الميت أمره بذلك. ومتى تخلف عن النظر عاد ميراثاً لورثة صاحب الربع يوم موته لا يوم تخلى عن النظر.

قلت: ما ذكره في صرفه لنفسه ولمن يتهم عليه هو قولها في الوصايا الأول: إن قال الوصي إنما أوصي بالثلث لابني، فقال أشهب يصَدَّق، وقال ابن القاسم لا يصدق، لأن مالكاً قال في من أوصى: يجعل فلان ثلثي حيث يراه، أنه إن أعطاه لولد نفسه أو لقرابة له لم يجز إلاّ أن يكون لذلك وجه يظهر صوابه.

وسئل عمن تقدّم في تنفيذ ثلث رجل توفي وكان إيصاء أمّهِ وإشراف عمه وترك بقراً فباع المقدم ثلث البقر فأخذه المبتاع وانتقل به مع ورثة المتوفى بمكان آخر، فقام قائم وأثبتَ أن الميت تزوج امرأة، وطلب المقدم في أمر البقر فذكر أن المبتاع منه انتقل مع الورثة بما اشترى. فرغب من المقدم أن يلتزم حصة الزوجة منها حتى يقدم حاملو البقر. فأجابهم وأشهدَ على نفسه أنّ عليه للزوجة المذكورة كذا وكذا مثقالاً ثمن حصة الزوجة من البقر التي خلَّفَهَا المتوفى المذكور، ولم يقرأ العقد المقدم. فبعد مدة طُلِب بموجب العقد فأنكر أن يكون شهد على نفسه بما تضمنه. وسئل الشهود فقالوا: إنما أشهَدَ أنه التزم حصة الزوجة من البقر لو مات حاملوها حتى يقدموا. فهل يلزمه ما شهد به عليه؟ ويكون من ناحية بيع نصيب الزوجة منه أو من ناحية الضمان، وإذا كان من ناحية الضمان هل يطلب دون حاملي البقر أم لا؟ وكيف لو صح البائع لبيع هل يطلب القائم أن يدفع إليها حصتها من البقر وحينئذٍ يدفع الثمن أم لا؟ وهل يجوز هذا البيع لبقية البقر أم لا؟

فأجاب: إذا ثبت رجوع الشهود إلى ما ذكرتَ فالواجب عليه ضمان قيمة حصتها [125 ـ ب] من البقر يوم باعها وذهب بها المبتاع مع الورثة إن تلفتْ أو باعها بأقل أو يرجعوا أو يتلوم له أن يأخذ بحسب الاجتهاد.

وسئل عمن وجد بخطه: متى حدث بي الموت الذي لا بد منه فالقائمة بخطي هذا وهي أنّ زهراء حرة لوجه الله ولها من مالي خمسون مثقالاً وصَفَها وما احتوت عليه خزانتها من ثوب يصلح لها وهي مصدقة في ما عيّنَتْه من ذلك وغير ذلك، فحرام على من ضايقها أو منعها شيئاً من حقها. وكتب فلان ابن فلان. وفوق هذا وثيقة تقتضي أن هذا خطه على ما حملهم العيان والمعرفة بالخط لا يشكون، وثبت ذلك لمن سأله في تاريخ كذا، فهل يثبت العتق وما ذكر معه أن هذا للمملوكة بما ثبت من خط الموصي بما ذكر أم لا؟ وهل يعمل بالخط في الوصية؟

فأجاب بأنه إذا لم يُشْهد الموصي على خطه ولم يثبت لزهراء بمن شهد لها بدفع الكتاب إليها بعد وفاته سقط الحكم بما تضمنه الخط المذكور، إذ قد يكون أراد أن يؤامر نفسه ولم يعزم على إنفاذه. والرواية عن مالك مسطورة.

قلت: ما ذكره عن مالك هو ما رواه الباجي وغيره: مَنْ كتب وصيته بيده فوُجدتْ في تركته وعُرف أنها خطه بشهادة عليه إن لم يثبت شيئاً منها حتى يشهد عليها، وقد يكتب ولا يعزم، رواه ابن القاسم في المجموعة والعتبية. وفي الموازية عن أشهب: لو قرأها ولم يأمرهم بالشهادة فليس بشيء حتى يقول إنها وصيتي، وأنّ ما فيها حق وإن لم يقرأها.

ابن يونس عن الموازية: إذا أتى إلى الشهود بوصيته وقرأها عليهم إلى آخرها. فلا ينفذ إلاّ أن يقول: اشهدوا عليّ بما فيها، فلم يجعل إتيانه وقراءتها عليهم بنفسه مما ينفذها.

وسئل: السيوري عمن أوصى بخطه وفي الوصية مال للفقراء، وشهد عدل واحد على خطه، وشهد آخر أن ليْسا بعدليْن على ذلك.

فأجاب: إذا ثبت خطه بعدلين وجب إخراج ما وجب للفقراء لهم.

وفي أحكام البخاري: كره الحسن وأبو قلابة أن [126 ـ أ] يشهد على وصية حتى يعلم ما فيها لأنه لا يُدرى لعل فيها جوراً.

قلت: ظاهر الروايات جواز الشهادة على الوصية مطبوعاً عليها.

ابن الحاج: في مَن أوصى بثلثه في مرضه للفقراء فتُوفي وجحد ورثته الوصية، فقامت عليه بيّنة تشهد على السماع بذلك. فلابن رشد: لا تصح شهادة السماع في هذا ويلزم الورثة اليمين أنهم لا يعلمون الوصية.

وسئل السيوري عن صبية أوصتْ لخالتها بثلث ما تخلّفه، وشهد بذلك خالها وهو مأمون، وأربع نسوة ممن تزكى.

فأجاب: تجوز الوصية على حسبها. وجواب اللخمي في كتب وصية بخطه: فإن قال فليشهد على خطي مَن وقف عليه فينفذ ما فيه وإلاّ فالرواية لا تنفذ.

ابن عات عن ابن عبد الغفور: في امرأة أوصتْ لقوم وأشهدت رجالاً ولم تكتب وعاشت نحو العشرين سنة ثم مرضت فأوصت بثلثها كله لمسجد بعينه فماتت. فقيل: وصيتها الأولى لا تجوز إذ لم تكتب بها كتاباً. وقيل: جائزة ويتحاصّان. فقيل لي في النوم: كل وصية لم تكتب جائزة كما تجوز الأخرى فيها. قال مالك: وإن كتبها بغير محضر البينة ولا قرأها عليهم فدفعها إليهم وأشهدهم على ما فيها، فإن عرفوا الكتب بعينه فليشهدوا بما فيه. فقال عنه ابن وهب: وإن طبع عليها ودفعها إليهم وأشهد أن ما فيها منه وأمرهم أن لا يضعوا خاتمه حتى يموت، جاز أن يشهدوا بما فيها بعد موته. وفي هذه المسألة في الأمهات تفصيل واختلاف. وفي ما ذكرناه كفاية.

ابن عات في الواضحة: في من قال ثلث مالي صدقة على فلان عِشْتُ أو مِتُّ، فادّعى ورثة الموصي أنه أفاد أموالاً بعد الصدقة. وقال الموصى له: لم يفد شيئاً، ففي ذلك اختلاف. ابن رشد: والأظْهَر أنه يكون له ثلث ماله يوم يموت، إلاّ أن يعلم أنه أفادَ منه شيئاً بعد الوصية فلا يكون له منه شيء. ولو قيل إنه يكون له ثلث جميع ماله يوم مات على حكم الوصية، وإن [126 ـ ب] علم أنه أفاده بعد ذلك لقوله عشْتُ أو مِتُّ لكان قولاً، لأن من أوصى بثلث ماله لرجل فله ثلث ما أفاد بعد الوصية. وذلك بخلاف إذا ساق الرجل لزوجته نصف

ماله أو جزءاً منه في صداقها ثم بعد مدة ادّعى أنه اكتسب حقاً أو ملكاً غيره فأنكرت ذلك المرأة، وأرادت أخذ الجزء الآن من ماله كله، ولا بينة لواحد منهما على دعواه هنا تأخذ المرأة جزءها من جميع ماله الآن حتى يُثبت هو اكتسابه لذلك بعد ذلك، ولا خلاف في ذلك.

قلت: معلوم المذهب إنما ينظر في الوصايا يوم الموت لا يوم الوصية. وخرج من هذا الأصل قوله في وصاياها: من قال في وصيته إذا متُّ فكل مملوك لي مسلم حرٌّ وله عبيد مسلمون ونصارى ثم أسلم بعضهم قبل موته لم يعتق منهم إلاّ من كان يوم الوصية مسلماً، فجعل القضية خارجية لا حقيقية. واعترضه التونسي بما قدمناه وانظره.

وفيه: من أقرَّ بدين لمن يجب إقراره به فكلف المقرّ له أن يحلف يمين القضاء فنكل عن اليمين فالوصايا تدخل فيه، إذ قد يمكن أن يكون قبضه.

وفيه: إذا عهد بثلثه لقوم، فقال الورثة في ما أوصى أبونا مال لم يعلمه قبل موته وأرادوا إخراج ما أقرُّوا به أن أباهم علمه خاصّة.

فعن ابن زرب: على الموصى لهم بالثلث أنه علمه، وإلاّ لم تجزْ الوصية إلاّ في ما قاله الورثة إنه ما علمه حين أوصى، مثل أن يرث مالاً يشك أنه علمه أو لم يعلمه مثل الميراث يطرأ له في غير بلده وما أشبه ذلك، فلا يمكن أن يكون في وصيته بالثلث. فعليهم الإثبات في المشكوك فيه أنه علمه، وتقدمت مسألة الواضحة.

قلت: وليست كمسألة الأيمان إذا حلف إنه لا مال له، وقد ورث مالاً لم يعلم به يحنث إلاّ أن ينوي في يمينه أن يعلمه فلا يحنث، لأن الأيمان محمولة على الاحتياط.

ابن الحاج: في من أوصى بوصية وله مال غائب دخلت الوصية فيه حتى يظهر ما يبطل ذلك.

وفيه من أوصى لخاله بوصية فتصدق الخال بها على أخت الموصي وماله

غائب في غير البلد الذي [127 ـ أ] هو فيه تثبت الوصية والصدقة ولا يمين على الموصى له بتهمة التأليج. ومعناها في وصايا العتبية وكتاب فضل.

قلت: ظاهر هذا خلاف فتوى ابن زرب، أن الأصل دخول الوصايا حتى يثبتَ خلافها.

وفيه: قال في المدونة لا يجوز للوصييْن والمقارضيْن والمودعين اقتسام الأموال. ولابن زياد: إذا تشاحّ الوصيان في المال قُسِم بينهما، فإن اقتسما فضاع فلا ضمان عند سحنون وغيره، ولابن الماجشون: إذا اقتسماه ضمناه، وإن هلك ما بيد أحدهما ضمنه صاحبه لتسلّمه إياه. ابن عات عن المشاور: إن قسم الوصيان فباع أحدهما ما عنده دون إذن صاحبه(1) أو وكالته لم يُجزْ بيعه ويريده الآخر ويضمنه إن فات إلاّ أن يكون شرط الموصي أن من عاقه منهما عائق فالباقي منفرد منهما بالوصية. ففعل أحدهما جائز وقت مغيب الآخر أو شغله من غير وكالة، ولا ضمان عليه في ما فعل حينئذٍ.

قلت: هذا على مذهب ابن الماجشون لا سحنون وابنه.

وفيه عن أحمد بن نصر وغيره: إن جعل الرجل مُشرفاً على وصي بنيه فتنازعا عند من يكون المال فهو عند الوصي وله أجر النفقة والكسوة على من في ولايته ولم يكن في ذلك إلى المشرف شيء، وكذلك أن كانت امرأة وتزوجت، وإنما للمشرف النظر في البيع والشراء أن لا يكون إلاّ برأيه فإنْ فعل بغير رأيه له ردّه إن كان نظراً وصرف ذلك.

وللمشرف أن يُشرف على أفعال الوصي كلها من أجراء النفقة وغيرها لا يتقلب في شراء إلاّ بمعرفته، فإن فعل شيئاً من ذلك بغير علمه مضى فعله إذا كان سداداً وإلاّ رده المشرف. وإن أراد أن يردّ السداد من فعله لم يكن له، ونظر السلطان فيه. انظر ما لابن رشد إذا زوج الوصي بغير إذن المشرف فجعله يجوز بإجازته بخلاف أحد الوصيين إذا انفرد بالعقد دون صاحبه كالمالكين.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

وفيه عن الموثّق: إن اتُهم الأوصياء نُزِع عنهم المال وجعل على يد غيرهم أجمع ولم يكن لهم فيه نظر وكان ذلك عزْلَهم، وكذا إذا اختلفوا يُجعل عند [127 ـ ب] غيرهم، والأحسن في ذلك عند الاختلاف أن يجعله القاضي عند أمين ويأمرهما جميعاً أن ينفذاه في وجهه من غير أن ينفرد به أحدهما دون صاحبه. قال غيرهم: أو يكون بيد أحدهما مطبوعاً وينظر فيه جميعهم فإن تلف فمن جعل عنده لم يضمن إذا عرف بذلك وقت التلف، وكذا العروض، وإن لم يعلم وقت التلف ضمن.

وسئل ابن رشد عمن عهد لزوجته بالنظر لبنيه ثم تزوجت، هل تُعزَل عن النظر بمجرد النكاح أم لا؟

فأجاب: إذا علم أن الزوجة صالحة الحال وافرة المال ترك عندها بالإشهاد عليها، وإن جهل حالها شرك معها في النظر مَن يكون المال عنده ولم يُترك عندها، لأن المرأة إذا تزوجت غُلِبَتْ على جلّ أمرها كما قال مالك ـ رحمه الله ـ: ولا تُعزل بالزوج عن الإيصاء إلاّ أن يثبت عليها ما يوجب ذلك، والمسؤول عنها كان تقديمها من قاض وهما سواء.

ابن عات: إن أوصى بتنفيذ ثلثه إلى سارق أو فاسق فليس للسلطان عزله لأن ربه يوصي به حيث شاء ولكن يلزمه الإشهاد على تنفيذ ذلك لئلا يأخذه لنفسه.

قلت: ما لم يشترط أن لا يطلع عليه أحد من خلق الله، فحينئذٍ لا ينظر عليه إذ قد يكون أراد هبته ذلك. وانظر هل يتخرّج على الخلاف في مسألة جعلتُ وصيتي على يدي فلان فصدّقُوه إذا كان غير عدل أم لا؟ والصواب جريها عليها.

ابن الحاج إذا تزايد للمحجور ولد، فمذهب ابن زرب أن الوصي لا ينظر عليه. وخالفه ابن عات وابن القطان ورأيا له النظر وعليه القضاء عندهما.

قلت: تقدم في مسائل المحجور وغيره: هل للوصي ولاية على مَنْ

للمحجور عليه ولاية أو لا؟ وهذه تجري على هذا الأصل فانظره. وذكر هذه المسألة في أحكام ابن سهل وزاد فيها أن دليل الروايات أنه ينظر، والذي عليه العمل أن لا ينظر بتقديم مستأنف، انظره.

وفيه: ليس للوصي أن ينحلَّ عن [128 ـ أ] الوصية لغيره بعد موت الموصي إلاّ لعذر، وله الوصية بذلك عند موته لأنه من أبين العذر. والباجي في وثائقه: لِوَصي الأب توكيل غيْره[1] في حياته وعند موته. ولا يجوز لمقدم القاضي توكيل أحدهما جعل إليه ولا وصية ولا في حياته ولا عند موته.

قلت: قوله فيها وفي غيرها: إن وصيّ الوصيّ كالوصيّ يدلّ على هذا.

ولابن عات عن ابن ورد: إذا كان قبوله في حياة العاهد فلا يحله القاضي إلاّ بعد ثبوت عذر يوجب ذلك، وإن كان قبوله من بعد موته فللقاضي أن يُمضيه بغير عُذْر، وللفرق بينهما شرح يطول. وهذا حقيقة الفقه في هذا الأصل.

قلت: هو ظاهر قولها: وإذا قبِل الوصي الوصية في حياة الموصي فلا رجوع له بعد وفاته. وعليه سئل: إذا حل القاضي الوصي لعذر ثبت له وكان له شريك في النظر هل يعذر إلى شريكه في ما يثبت له من العذر؟

فقال: إذا كان قبوله في حياة العاهد فلا بدّ من الإعذار إلى شريكه ثم يعمل بحسب ذلك. وإن كان قبوله من بعد موته حيث يكون للقاضي أن يعينه بغير عذر حسبما تقدم فإنه لا مُتَكلّم لشريكه في ذلك، فكيف يعذر إليه؟

وله أيضاً: إذا كان في الوصية: مَن عاقه منهما عائق فالباقي منفرد، فليس له أن يحلّه من غير عذر. لكان قوله إلاّ أن يحله شريكه معترضاً أيضاً، لأن شريكه لا يحلّه، إنما يحلّه الموصي باشتراطه الذي اشترط في وصية من عاقه منهما عائق فالباقي منفرد.

وفيه عن ابن سعدون: إن ثبت للوصي المشترك عدر يحلّه القاضي به عن النظر لم يكن لأشرْاكه في ذلك كلام إذا ثبت عليهم العلم بالشرط المذكور أو لم

---

(1) ثلاث جمل سقطت من أ.

يكن هذا الشرط في العهد المذكور فلهم فيه مقال إن شاؤوا في طلب عوض منه لأنهم على ذلك دخلوا في الإيصاء.

وسئل عن وصيّ ثبت فيه أنه غير قادر على القيام بما كان العاهد أسنَدَه إليه من النظر لبَنِيه في أمره لهم حيث كان غير مستقل بها لضعفه واتساع النظر عليه في أملاكه ممن تقصيره عن القيم ظاهر موجود [128 ـ ب] لإهماله المشي عاجزاً عن التصرف في ذلك.

فأجاب: إذا ثبت ما ذكرت فللقاضي أن يحلّه عن الإيصاء المذكور للعذر الثابت له وإن كان معه شريك فلا يجعل معه غيره إلاّ أن يضعف شريكه عن القيام بذلك، فإن ضعف جعل معه القاضي آخر عوضاً عن الذي حلّه. وجاوب ابن ورد: عقد الاسترعاء المذكور غير المستقل بالانحلال عما ألزمه لإبهامه وعدم تفسيره. فإن شهد شهود العقد أو غيرهم أنّ ضعف هذا الرجل الذي يريد الانحلال وما وصف به من انتفاء القدرة وثبوت العجز مانع له البتة فهو معذور ويعفى عنه إن شاء الله. وإن لم يشهد له بذلك حُمِل على أن الأمر يشق عليه وليس بهذا المقدار من العذر ينحل عن مثل ذلك الالتزام. وهذا أيضاً إن كان ذلك العذر الشديد طارئاً على هذا الرجل من بعد القبول، وأما إذا كان ذلك في حال القبول فليس له انحلال إلا أن يكون ممن لا يقدر قدر ما التزم أو قيّده الحياء من العاهد إن كان التزم ذلك في حياته، وثبت هذان الأمران أو أحدهما بواجب السبب. هذا حقيقة الفقه في هذا الفصل.

ولابن رشد: من حق الوصي إذا عزله غير القاضي الذي قدّمه أن يبيّن له القاضي الذي عزله الوجه الذي من أجله عزله وأن يعذر إليه في من شهد عنده بالمعنى الذي أوجب عزله، إذ ليس له أن يعزله إلاّ أن[1] يثبت عنده. وأما إذا عزله الذي ولاّه، فإن عزله لأمر رآه باجتهاده فليس عليه أن يُعْلِمه به، وإن كان عزله بجرحة ثبتت عنده عليه فمن حقّه أن يعذر إليه في ذلك. وأما عزل الوصي نفسه عن النظر لليتيم الذي التزم النظر له فليس ذلك له إلاّ من عذر، لأنه حق

(1) كلمة غير مقروءة بجميع الأصول.

لليتيم قد أوجبه له على نفسه، وذلك بخلاف الموكل والوكيل، لا اختلاف أن للموكل أن يعزل الوكيل متى شاء، وأن للوكيل أن ينحلّ عن الوكالة متى شاء أيضاً، إلاّ في الوكالة على الخصام فليس للوكيل أن [129 ـ أ] ينحلّ عن الوكالة بعد أن انتشب الخصام ولا لموكله أن يعزله عنها قبل تمام الخصام. ولا فرق في هذا بين الوكيل المفوّض إليه والوكيل على شيء بعينه من خصام وغيره.

قلت: تقدم في مسائل الوكالات تقسيم الوكالة إلى جائز ولازم فانظره هناك.

وفيه عن أصبغ: لو عزل القاضي الوصي لأمر كرهه منه أو لعذر فلا يكتب له براءة مما جرى على يديه قبل ذلك مما زعم أنه أنفقه، وإن جاءه بالبينة، حتى يبلغ اليتيم مبلغ الدفع عن نفسه. ولكن إذا أخذ القاضي منه مالاً كتب له براءة مما أخذ منه.

ابن عات: إن قال: ما كان لي من حق عند قرابتي فهو لهم، ثم مات، وله عند بعضهم قراض فهو لهم في رأيي، لأن القراض حق من الحقوق، لأن عليه الخروج منه إذا طلبه به كسائر الحقوق.

ولبعض فقهاء الشورى في من عمل عمل السلطان فظلم الناس أو كان قاهراً غاصباً أو قاطعاً للسبيل أو سارقاً أو تاجراً عمل بالربا، ثم مرض وأراد [التحلل][1] مما نال من ذلك كله وأراد أن يوصي بماله كله عن ذلك وقال: إني نلت من أموال الناس أكثر من جميع مالي ولا أعلم أصحابه فأنا أوصي بجميع مالي[2] عن ذلك، للمساكين، لم يكن له ذلك إذا أبى ورثته ذلك، وجاز منه الثلث ففرق عنه في ذلك الوجه، وكان ينبغي له أن يفعل ذلك في صحته. وأما أن يترك ذلك في صحته فإذا مرض هرب بماله عن ورثته فليس له ذلك.

وأما إن أقرّ أنه ظلم رجلاً سمّاه أو غصبه أو سرقه منه أو خانَهُ أو اختلسه كان ذلك الرجل مطالباً له به ومدعياً ذلك عليه فذلك كالدين يكون من رأس

---

(1) بياض بمقدار كلمة في الأصول.

(2) جملة سقطت من أ.

المال إن مات، وإن قضي عليه. وإن أقرّ به لقوم لا يطالبونه ولا يعرف وجه ذلك، فإن كان لمن يتهم عليه كالقريب والصديق الملاطف وكان يورث كلالة لم يجز إقراره ولم يكن لهم شيء ولم ينفذ لهم شيء لا من ثلث ولا من غيره. وإن كان يورث بولد جاز إقراره وقيل لمن أقرّ لهم به: خذوا ما أقرّ لكم [129 ـ ب] به إن شئتم أو اتركوا ذلك إليهم. وإن أقرّ لمن لا يتّهم عليه جاز إقراره، ورثه ولد أو كلالة. ثم إن أحبوا أن يأخذوه فذلك لهم من رأس المال كالدين.

قال: وإن كان أَخْدَم رجلٌ رجلاً أو نظر له في ضيعة أو جرى له على يديه مال زماناً ثم مرض فقال: إني قد نلتُ من ماله كذا وكذا وأنا أريد أو أُوصي به أو أؤدّيه لزمه من ذلك وكان من رأس ماله إن مات وقُضي به عليه إن صح، لأن سببه معروف. قوى بملابسته له وسواء ورث كلالة أو بولد. وإن قال: لستُ أعرف أني قد نِلت منه شيئاً وأنا أريد أن [أبرأ][1] منه. فإذا أوصى له بشيء كان في ثلثه وإلاّ فلا شيء له إلاّ أن يطلبه الثاني ويقرّ له بأمر معروف فيلزمه وإلاّ فلا.

وسئل ابن أبي زيد عمن أسند وصيته إلى رجل وفي الوصية بنات فماتت إحدى البنات بعد دخول بيتها بشهر وتركت زوجاً وعصبة وأوصتْ بصدقة للفقراء، فهل ينفذها الوصي أو الورثة؟

فأجاب: إن لم تُوص لأحد فذلك لوصي أبيها إن كان مأموناً، وإن أوصت بذلك لأحد فهو أولى.

قلت: هذا جارٍ على بقاء النظر بعد موت المحجور على من له عليه ولاية. ومن يقول: لا نظر له في أولاده يُرجع الأمر في ذلك إلى من يقدّمه القاضي.

ابن الحاج: في رجل أوصى بوصايا وفيها أن ينفق على ابنتيْ ولديْه فلانة

(1) بياض بمقدار كلمة في الأصول، والإضافة مقترحة من المحقق.

وفلانة ما عاشتا، فتوفيتْ ابنة من بناته قبل النظر في التركة وأوصت فأنفذت وصايا المتوفى الأول وما بقي من الثلث وقفٌ لنفقة ابنتيْ الولد من ربع المتوفى لما رآه من النظر، ثم أنفذ من وصايا المتوفاة ما حمله ثلثها وبقي بعضها لم يف به الثلث، فأتت إحدى ابنتي الولد بعد أعوام فطلبت الباقية أن يوقف لها الجميع إذ هو الذي يحمل مؤنتها، فهل القول قولها في نصيب الميتة أو يورث على الفرائض؟ فإذا ورث فهل يدخل فيه ما بقي من وصايا المتوفى أم لا؟

جوابها لأبي عمران: إذا ضمَن [130 ـ أ] الورثة لأم الولد نفقتها ما عاشت رجع الموقف ميراثاً وصار للمتوفاة حظها من ذلك يرثه ورثتها ويدخل فيه بقية وصاياها.

وأجاب ابن العطار: ويرجع نصيب الميتة ميراثاً ويدخل في ما يخصّ المتوفاة من ذلك بقية وصاياها، فإن لم يقم بالجنة ما يصير لها من الوقف زيد حتى يحصل لها ما يقوم بها على الوسط من ذلك ويوقف الباقي على نحو ما مرّ.

وفيه: إذا أوصى رجل بثلث ما يُخلّفه لآخر فتوفي، فقام آخر بمثل ذلك فصالحه الأول أن دفع إليه أربعة عشر مثقالاً، ثم ظهرت وصية ثالثة للإبراء ولم يعلم بها الدافع للمال وقت الصلح فيجب رجوعه على المصالح بنصيب ما دفع إليه لأنه إنما دفع له ذلك ليستبد بجميع الثلث، ولو علم بالوصية الثالثة لم يرجع عليه بشيء لأنه إنما صالحه لئلا يدخل عليه في حصته من الثلث بخلاف الأول.

وفيه: إذا أوصى الرجل إذا بلغ ولده عشرين سنة أطلقه من الحجر. فأفتى ابن دحون وابن الشقاق أنه باق على الحجر حتى يثبت رشده ولا ينفعه شرط الأب. وأفتى الإشبيلي أن شرطه نافع وبه أخذ القاضي ابن بشير وقضى به وأنفذه.

قلت: ذكر المسألة ابن سهل قال: وبه أقول، وقال به ابن القطان قال: وسألت ابن عتاب عن هذه المسألة وقلت له: أرأيتَ الصغير إذا قدم له القاضي مَن يقاسم عليه شركاءه في أصول أو غيرها، هل تلزمه بذلك الولاية حتى لا

يخرج منها بعد بلوغه إلاّ بعد إطلاق؟ فقال: لا يلزمه ذلك التقديم إلاّ في ذلك الوجه خاصة، كحال من لم يقدم عليه، وهو كقول الإشبيلي وهو الصواب.

وسئل ابن رشد: إذا مات وصي المحجور وبقي مدة وقدَّمه القاضي على النظر لمحجور ولم يذكر في تقديمه أنه أطلقه من الحجر ولا علم إن كان القاضي الذي قدمه عالماً بحجره أم لا؟

فأجاب: إذا ثبت أنّ [130 ـ ب] الرجل الذي قدمه القاضي محجور عليه بتقديم قبله فإنه يبطل التقديم ويبقى على الحجر إن عُلم بالثقة أو جُهلتْ حاله، وإن عُلم بالرُّشْد فالذي أقول به أن يكون لتقديم القاضي إياه على اليتيم خارجاً من الحجر. مراعاة لمذهب ابن القاسم وأحد قولي مالك.

قلت: تقدم أن هذه المسألة وقعت وأن المدعى عليه احتجّ برشْدِه بأنه كُتِب عليه رسوم فيها بحال صحة وطوع وجواز أمرٍ وأن في حمالة شرح التلقين للمازري جرى الرسم منا ومن أشياخنا الفتوى بترك الاعتداد بما يقول الموثقون في وثائقهم: شهد على فلان وفلان ما نسب إليهما طوعاً في صحة عقولهما وجواز أمرهما وإنه لا يكون ترشيداً لمن وُصف بأنه جائز الأمر لكونه لم يقصد الشهود الشهادة، ولو قصدوها لم تحلّ لهم الشهادة حتى يكونوا اختبروا مَن وُصِف بذلك وعلموا برشده. ولهذا يقول الموثقون إذا أرادوا ذلك وعلى علم الشهود يكون فلان وفلان رشيدين لا يولّي عليهما على حسب ما اعتادوا من العبارة في هذا المعنى، لكن كان بعض المشايخ يقول: إنما يكون تلفيقاً من الموثقين إذا أدرجوا في آخر الوثيقة حسبما اعتادوه. وأما إذا وقع في أحكام القضاة فوصفوا رجلاً بأنه جائز الأمر فإنه لم تَجْرِ عادتهم بأنهم يصفونه بذلك إلاّ بثبوت ذلك الوصف عندهم، وحكى ابن فتحون في هذه المسألة قولين، ونقل ذلك عنه في طرر ابن عات في ترجمة وثيقة جزء من داري لكن ما ظهر للإمام هو ظاهر المدونة في الحمالة فانظره.

وتقدم أيضاً من كلام ابن رشد وابن سهل وغيرهما عن ابن لبابة وغيره أن ما باع السفيه بعد موت وصيّه في ما لا غنًى له عنه وباع بيع استقصاء فهو نافذ إذا

أدخله في مصالحه وإلاّ رُدّ عليه ما باعه من ماله ولم يؤخذ بالثمن وهو على أنه باعه بما له عنه بدّ حتى يثبت أنه باعه في ما لا بد منه. وحكى ابن رشد في الأولى قولين إذا باعه في ما لا بد منه وأنفقه فيه. وعن [131 ـ أ] ابن عتاب: أفعاله بعد موت وصيّه مردودة إلاّ أن تكون على صلاح واستقامة بدليل سماع عيسى في المديان. ومثله في المقرب: أن الحالة الصالحة تخرج من الولاية، قال: وبهذا كان يفتي بعض من أدركناه من الشيوخ، وكان بعضهم يقول: لا يخرج من الولاية إلاّ بأن يشهد على إطلاق قاضٍ أو وصي، والأول أصْوَبُ لرواية أشهب: أن شهادة المولى عليه جائزة إن كان عدلاً، فقال أشهب: لا يجوز ولو كان لو طلب ماله أخذه، واختاره ابن المواز.

والذي عليه الفتيا: إذا مات وصيه ولم يوص به لأحد فحكمه حكم مَن وصيه باق حتى يظهر رشده.

ابن عات عن المشاور: إذا باعوا واشتروا وتصرّفوا تصرّف المالكين لأنفسهم الزمان الطويل جاز فعلهم من وقت يشهد لهم بالترشيد مضى وإن شُهد لهم به في وقت موت... [1] ويمضي ما فعلوا بعد ذلك. وإن لم يشهد لهم بالرشد فحالُهم على الولاية أبداً حتى يثبت رشدهم. وكذا لو مات وصيّهم ولم يوص عليهم ولو تركهم الوصي في حياته فتصرفوا بالبيع والابتياع فهو على الاختبار حتى يطلقهم من ولايته، فإن مات وتركهم كذلك فهو على ما قدمنا.

قلت: وتمضي أفعالهم بكل ما فعلوه من البيع والشراء إذا كانوا بنظر من حاجرهم. ووقعت المسألة وحكم فيها بهذا برأي شيخنا الإمام وهذه دليل عليه.

وسئل ابن الحاج عن رجل أوصى بولده وماله لزوجته أم الولد فثبت سفهها فأوجب عزلها. ورشد الابن فطلب حقّهُ فزعمت الأم أن المال دفنته في حجرة وأنه ضاع بأخذه إياه، فهل يجب ضمانها للمال؟ فذكر بعض المتأخرين ضمانها لسفهها ودخولها في الإيصاء.

---

(1) كلمة غير مقروءة في أ وب، وهي ساقطة من ج.

فأجاب: لا ضمان عليها في المال، وفي وجوب اليمين عليها لابنها اختلاف، وبوجوبها أقول. وهي جرحة في شهادته إن كان عدلاً. وبمثله أفتى بعد إرادته غير ذلك، وابن رشد مثله.

قلت: مثل هذه المسألة قُيّدتْ عن ابن علوان أنه جاءته امرأة كان [131 ـ ب] زوجُها قدَّمَها على أولاده منها وكان ذا مال فذكرتْ له أن بعض أقارب أولادها قام عليها في المال وكتَب رسمَاً أنها أفسدَتْ المال وأن من صِفَتِها كذا وكذا، وثبتَ ذلك عند القاضي وأنها قد زاغت.

فقال لها تمشين إلى القاضي فإذا قال: شهد عليك بكذا وكذا فما تقولي في شهادتهم؟ فقولي له ما عندي فيها ما نقول فإذا قال: هات المال، فقولي له: أنت تشهد عندك أني أفسدته، وإذا أفسدتُهُ ما بقي منه شيء. ففعلت ذلك فسرّحها القاضي دون سجن ولا غيره.

وذكر عنه أنه أتتْه امرأة وذكرتْ أنها تبغض زوجها وأرادت فراقه وكان أندلسياً، فقال: وجّهي لي وكيلك ففعلتْ، فجاءه فقال: ادْعُ الزوج وادّعِ عليه أن به بَرَصاً داخل دبره ففعل. قال القاضي: يعاينه الشهود، فلما سمعَ ذلك طلَّق.

قلت: يحمل عليه أنه ظهر لهن بطلان دعوى الأولين وأنه ضرَّ زوجته في الثانية وإلاّ فهذا من باب تلقين الخصوم بما لا يحلّ. وقد وقع النص على أنه جرحة في حق فاعل ذلك لأنه ذريعة إلى تغطية الحق وظهور الباطل، فهو من باب التوسل في أخذ أموال الناس بغير حق.

ابن الحاج: لا تجوز الوصية لوارث بالإجماع، ولغيره: والمراد هو كذلك لأنه من الحيف وهو في اللغة الميل، وفي الشريعة اللَّمم والميل عن الحق. وتقدم أنه إذا أطلق الوصي اليتيم ثم باع ماله أو أفسده وقامت البينة أنه لم يزل سفيهاً منذ عرفوه إلى وقتهم هذا، لزمتْه الولاية ورد فعله وعزل الوصي، وجعل عليه غيره ولم يضمن الوصي شيئاً مما أتلفه لأنه فعل بإشهاده.

وسئل أبو إسحاق بن عبد الرفيع عمّن توفي وأوصى في مرضه بثلث ما يخلفه لحفيدته فلانة بنت ابنته. قال: ولوالدتها فلانة أربعمائة دينار من استغلال وحلي وأخراص كنتُ تصرفتُ في ثمنها، فطلبت الابنة ذلك من تركة أبيها، فقال الورثة: ذلك محاباة وميل.

فأجاب: إقرار الرجل في مرضه لإحدى بناته باطل إلا أن يسبب لذلك سبباً، وإن لم يكن [132 ـ أ] بالقاطع على مبلغ ذلك، قاله ابن المواز. وفي كتاب المديان في مسألة الأخت ما يسير إلى ذلك الذي قاله ابن المواز لكن إذا أثبت المقر لها أن أباها كان يقر لها بذلك في صحته فهو إيصاء نافذ ماض.

وسئل السيوري: في من أوصى بأشياء وأسند الوصية إلى أبيه عند سفره للحج ثم قدم وأسقط منها أشياء، هل يسقط مجموعها؟

فأجاب: تثبت إلاّ ما أزال منها.

قلت: أشار إلى هذا فيها فقال: إن كتب وصيته عند سفره أو عند مرضه ثم قدم من سفره أو برىء من مرضه فقبضها ممن هي عنده وأقرها بيده ثم مات فهي باطلة وإن شهد عليها، وإنما تنفذ إذا جعلها على يدي رجل. وإن كانت وصيته في مرضه أو عند سفره ولم يقل إن مت من سفري ولا مرضي وإنما قال: متى حدث في حدث الموت وأقرها عند نفسه أو أخرجها إلى يد غيره فهي جائزة مات في ذلك أو بعده إذا أشهدت عليه بينة.

وأجاب عن المسألة الأولى أيضاً أو قريب منها أن لا يسري إذا استرجع وصيته ولم يوص بإنفاذها في مرضه ولا أنه مقيم عليها فإنها تبطل بأنها كانت عند سفره للحج إلا ما كان فيها من إقرار بدين ولو لأبيه أو لأخته أو دبر فيها فلا رجوع له لعدم القدرة على إبطاله. وما أوصى به للمدبر بعد عتقه فساقط إذ له الرجوع عنه كغيره من الوصايا.

قلت: ظاهرها مع السيوري، وإن كان في المسألة تقسيم وتفسير.

وسئل التونسي عمن أوصت عند وفاتها بثلثها لله تعالى بعدلين وزوجها

غائب. فقدم بعد وفاتها وطعن في أحد الشاهدين بأنه شريك لرجل غير متحر ولا مأمون في غنم وهو يأكل منها. فتوقف القاضي عن إنفاذها ثم حكم بالوصية وأشهد على نفسه وأودع الحكم عند رجل ثم عزل. فتولى غيره فرفع إليه فلم ينظر حتى عزل. ثم رجع الأول والأمر على حاله فلم ينظر حتى ذهب ومات الزوج، وولي قاض ثالث فقام المحتسب إليه وقد كان الزوج باع أكثر رباع هذه [132 ـ ب] المرأة عنه وعن أولاده منها، فما الحكم في ثبوت هذه الوصية؟ وإذا ثبتت فهل يفسخ بيع الزوج في الرباع أو يثبت ويلزم ثلث الثمن أو القيمة أو الأكثر منهما؟ أو يفسخ ثلث الفقراء خاصة ويمض ما بقي؟ بيّنْ لنا الجواب في ذلك.

جوابها: إذا كان القاضي الحاكم بالثبوت مأموناً مضى حكمه ويحملُ الشاهد على أنه لم تثبت جرحته أو عذره بجهله ونهاه عن العود، ولكن شريكه من الواجب ولو نقض الحكم لأشهدَ على ذلك ولا يضر عدم القيام به إذ الثلث لغير معيّن حتى يقدح سكوته وسكوت القاضي المعزول بعد رجوعه ثانياً حتى أنه اعتقد إنفاذه أو نسي لكثرة الواردات عليه إذ قد يرجع إليهم شهر بعد شهر فلا يذكرونه، وشبه هذا من العذر. ولو كان القاضي غير مأمون فحكم بالشاهد بعد ثبوت جرحته وإنفاذه وإنفاذ أحكام مَن ثبت جوره.

وسئل المازري عمن أوصى بدنانير في نوع من المساكين فأخذ الوكيل قيمتها بعد المصارفة دنانير من نوع آخر جارية بين الناس وصرفها فضة، ثم أخذها عوضاً من الدنانير الموصى بها، ثم رخصت قبل الإخراج حتى صارت الدراهم توازن أكثر مما وجب أوّلاً لكل دينار من دنانير الوصية. أخبِرْنا ما الواجب في ذلك؟.

فأجاب: إن كانت الدنانير التي صُرِفت إنما هي من جنس الدنانير الموصى بها فإذا صرفت دراهم وحكم بها لعدمها فإن الوكيل إذا أخّرَ دَفعها حتى رخصتْ لا شيء على الورثة فيها، ولو أخذتْ الدراهم ليشتري بها دنانير الوصية فرخصت فخسارتها على الورثة.

وسئل عمن مرضت هي وولدها فأوصت لأخيها بثلثها وقالت: إن متُّ أنا وبقي الولد فاردده عليه وإن مات فخذه، أنت أوْلى. وقالت لأمها: أريد أن تسلمي لولدي إن بقي حيّاً السدس الذي تَرِثُ منّي، فأنعمتْ لها بذلك. ثم ماتت وبرىء الولد وماتت الأم بعد ابنتها، بعد أن قالت لولدها: السدس الذي ورثتُه من ابنتي لولدها فلا تأخذ منه شيئاً، قال: نعم. فقام الولد الآن طالباً للوصية والسدس وقال لخاله: أنت حاضر لذلك فأنكر، هل تتوجّه عليه [133 ـ أ] يمين أم لا؟

فأجاب: إذا حقق عليه الدعوى بالوصية بالثلث وأجاز له الورثة ذلك فله تحليف خاله على ما يستحقه من الثلث لو ثبتت الوصية. وأما الأم فينظر هل هذا السدس هو ثلث مالها أم لا؟ وينظر لها هل أمضت ذلك إمضاء لا رجوع لها عنه أم لا؟ وبالجملة فإن كانت دعوى هذا الولد توجب استحقاق السدس أو شيئاً منه فله تحليف من هو بيده على ذلك إذا أمكنته الدعوى وأشبهت.

وسئل شيخنا أبو القاسم أحمد الغبريني ـ رحمه الله ـ عمّن حضرتُه الوفاة فتصدّق على ولده الصغير في حجره بربع وحاز به بإشهاده بذلك واشترط أنه إن مات ولم يخلّف ولداً ذكرًا فهي حبس على الضعفاء من أهل المتصدق المذكور، فإن لم يكونوا أو استغنوا فالصدقة لضعفاء المسلمين. وإن مات الولد وخلّف ذكراً فالصدقة لولده المذكور. هذا إن مات الولد وهو بحال حجر، وإن مات وهو رشيد ولم يبع الصدقة المذكورة فكذلك، وإن باعها وتصرف فيها فقد فاتت. ولم يكن لهذا المتصدق المذكور وارث غير ولده المذكور وزوجته وهي أم الولد، فحضرت حينئذٍ الزوجة المذكورة وأجازت الصدقة المذكورة طوعاً منها ووضعت حقها فيها. ومات المتصدق المذكور من مرضه وبقي الولد يتصرف في الصدقة المذكورة، وتزوجت أمه وولدت أولاداً وتوفيت. فقام أولادها على هذا الولد المتصدق عليه وزعموا أن ميراث أمهم باقٍ في الصدقة وهو الثمن المذكور لم تُسقطه إجازتها لتلك الصدقة لأنها أجازت وأسقطت حقها قبل وجوبه، وأن تلك الصدقة فاسدة لوقوعها في المرض، ولأن

الأب حاز بالقول والإشهاد، وكان من جملة ذلك الربع المتصدق به دار السكنى ولم يخرج منها الأب بل مات فيها في يوم صدقته، وأن إجازة الأم وهي الزوجة على تقدير جوازها صدقة منها على ولدها يحتاج إلى حيازة، على القول بأن إجازة الوارث لما فعله الموصي مما لا يمضي إلا بإجازة الوارث عطية منه، لا تنفيذ لما فعله الموصي [133 ـ ب] فهل تنفع هذه الحجج أم لا؟

جوابها: قال مالك في كتاب الوصايا الثاني من المدونة في ترجمة من أذن له ورثته في مرضه أو صحته أن يوصي بأكثر من ثلثه أو يوصي لبعض ورثته والمديان يجيز وصية أبيه. وإذا أوصى المريض بأكثر من ثلثه واستأذن ورثته في مرضه في إجازة ذلك فأذنوا له ثم رجعوا بعد موته فمن كان نائباً عنه من ولد أو أخ أو ابن عم وليس ممن في عياله فليس لهم أن يرجعوا. وأما امرأته وبناته اللاتي لم يَبِنَّ منه وكل من في عياله وإن كان قد احتلم وعصبته الذين يحتاجون إليه ويخافون إن منعوه وصحّ أضرّ بهم في منعه رفده فلهؤلاء أن يرجعوا إن رأى إن إجازتهم خوفاً مما وصفنا.

ففي هذه المسألة فوائد منها، الجواب عن المسألة المقيدة منها قوله: واستأذن ورثته على أنه لو لم يستأذنهم فآثروه به أنه لا رجوع لهم. وقد ذكر في السؤال أن ذلك كان طوعاً منها فإن كان على معنى أنها طاعت له الزوجة بذلك مبتدية له به فلا رجوع لها وهو قول أكثر الأشياخ. والثاني قوله رجعوا بعد موته، والمرأة المجيزة لم ترجع عن إجازتها بعد موته لا سيما وقد حيَيَتْ بعد موته دهراً طويلاً تزوجت فيه وولدت الأولاد ولم يُعْلم لها فيه رجوع عما أجازت. والثالث قوله إن رأى أن إجازتهم لذلك خوفاً مما وصفنا دلّ ذلك من قوله على أنه ولو رجعتْ فلا يفيدُ رجوعها شيئاً عنده إلاّ بشرط أن يرى أن إجازتها تلك كانت خوفاً مما وصفنا. وأيضاً فلو رجعتْ وكانت ممن يسوغ لها الرجوع بانتفاء مانعة كان عليها أن تحلف أنها إنما أجازت ذلك خوفاً منه، إن صح أن يقطع عنها رفده. وأما قوله إن إجازة الأم تحتاج إلى حيازة فليس كذلك، لأن تبرعات المريض حكمها حكم الوصية فلا تفتقر إلى حيازة، ولذلك كانت في الثلث إلاّ أن يجيز الورثة الزائد في غير الوارث أو الجميع في حق

الوارث. وفي المدونة عن مالك: والسنة أن معروف المريض في ثلثه. وقال أيضاً فيها: وما أقر المريض إن فعله في مرضه من [134 ـ أ] عتق أو غيره فهي وصية. وقال أيضاً غيره: ذلك مما يؤيد هذا فلا نطيل به.

قلت: إنما أراد إجازة الزوجة، هل يفتقر ما أجازته إلى حيازة لأنه إنشاء عطية أم لأنها عطية المريض في المرض. وظاهر المدونة أن ذلك إنشاء من آخر مسألة: من أوصى بجميع ماله وليس له إلاّ وارث واحد مديان فأجاز ذلك، فلغُرَمَائه ردّ الثلثين وأخذه في دينهم.

وإن أقرّ الولد أن أباه أوصى لرجل بثلث ماله وعلى الولد دين يغترق مورثه وأنكر الغرماء فإقراره قبل القيام عليه جائز وبعد القيام عليه لا يجوز، وساق المسألة. وقيل هو تنفيذ، فعليه يجوز ذلك. وفي الوثائق المجموعة: إجازتهم أكثر من ثلثه بعد موته كالهبة، وهي لا تتم إلاّ بمعاينة الشهود القبض.

وفي المقدمات: القولان في هذا المعنى في الوصية لوارث إذا أجاز ذلك الورثة. وانظر في أبواب التحبيس في وثيقة صلح في حبس، وفي آخر مسألة من رسم سلف من الوصايا من الشيوخ.

وإذا أجاز الورثة في حياة الأب العوْل مضى فإن أذنوا له بذلك ثم صح صحة بينة مَلك فيها ماله ثم مرض فلا يجوز له ذلك الإذن، ولا بد من استئناف إذن آخر. وعن عبد الملك: للوارث أن يجيزها، زاد: على الموصي على الثلث لأنه عقد فاسد مَنْهيّ عنه لنهيه ﷺ عنه. وله أن يعطي عن الميت ما شاء مما وجب له في ميراثه.

وقول الموثق: إن أطاع الوارث بالتحويز في المرض كتب عليه بذلك كتاباً يضمّن فيه معرفة الزيادة وقدرها، فإن كان هذا لزمه إن كان وحده وإن كان معه غيره لم تلزمه الزيادة[1] إلاّ في نصيبه، إلاّ أن يتطوع في الجميع في ماله فيرجع الورثة عليه.

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

قلت: منهم مَن خرّج الإجازة في المرض على الخلاف في ما لم يجب وجرى سبب وجوبه مثل الكفارة قبل الحنث وبعد اليمين، والزكاة قبل حلول الأجل وزكاة الفطر في رمضان إلى غير ذلك. وأما الإجازة في صحته فمنهم من حكى الإجماع على أنه لم يجبْ لأنه لم يجر سبب وجوبه، وهي مسألة إذا صح صحة بيّنة فلا بد من [134 ـ ب] استئناف الإجازة، ومنهم من لم يعدّها من الخلاف لكن المشهور فيها عدم اللزوم.

وسئل المازري أيضاً عمن أوصى بوصية وأسندها لزوجته وجعلها وصياً على ابنته ثم قدم من سفره وأشهد ببقائه على وصيته ثم تصدق بثلث ماله وعيَّنه لقوم وجعل من ثلثه عدداً سماه صدقة ولم يذكر مصرفها وجعلها على يدي رجل، فعين شهود الوصية مصرفها كما في رسم الوصية. هل تُقبَل شهادتهم في التعيين أم لا؟ وأوصى لأخيه غائباً ببلد بعد مدة طويلة بدنانير عيّنها من الثلث، وتركته ربع وعروض، هل للقاضي مدخل في إحصاء التركة لأجل حق الغائب ويأمر الورثة بتحصيلها جملة حتى يعلم قدر الثلث أم لا والنظر لزوجته لإسناده مطلق الوصية إليها؟

فأجاب: تعيين الشهود لما أجْمَله مقبول إذ قد يكون له غرض في عدم التعيين في رسم الوصية، وأما دخول القاضي قائماً يكون[1] عليه مهملاً وهنا من ينظر له إلاّ أن تظهر له غفلة منه أو تفريط فينبّهه. وأمّا من جهة الغائب فإنه ينظر له هل تخرج وصيته بالثلث أو يحاصّ بها؟ فينظر من هذا الوجه، إلا أن يعلم أن الوصية للغائب يؤمن عليها من النقص والضياع فينظر في هذا على حسب الاجتهاد.

وسئل السيوري عن فعل الحامل بعد ستة أشهر. فأجازه مطلقاً وقال: هو قول أصحابنا، وقولُ من قال إنها مريضة إذا بلغتْ ستة أشهر غير صحيح.

قلت: تقدم أن المازري سئل عنها فأجاب: هذه المسألة محمولة على

(1) بياض بمقدار كلمة في الأصول.

العوائد لأن الخوف على النفس عند تغير الحال راجع إلى العادة، والهلاك من الحمل قليل، والهالك فيه ملحق بالنادر. ولو بُحِث عن أمهات بلد لوُجِد أكثرهن أحياء أو موتى بغير نفاسٍ والموت به بعيد جداً حكمها على هذا حكم الصحيح. وهو اختيار السيوري والداودي والإجماع على أنها وقت الطلق كالمريضة. وفيه نظر للقاعدة المذكورة. ولم يذكر السيوري هذا الاعتذار. وجملة [135 ـ أ] الأمر إن ثبت الإجماع الذي حكاه الداودي فهو يقدح في القاعدة المذكورة، واختيارنا مع عدم ثبوت الإجماع أن يُحمل على ما ذكرناه من التأويل.

وسئل ابن البراء في من رشَّد البكر في مرضه وأسند الإيصاء إليها في ابن له آخر، فهل تفتقر بعد موته إلى إثبات رشدها أم هو كاف في نفسها، وفي إسناد الإيصاء بأخيها إليها؟

فأجاب: إن هذه البكر لا يتعرض الحاكم إليها بوجه، فإن أرادت الحكم لها في أمر من أمور الوصايا فلا بد من إثباتها أهليتها وقيامها بما أُسند إليها وعدالتها، غير أن هذا الشرط مطلوب في كثير من الأوصياء كما شُرِط في المؤدّين ولم يُقدر عليه اليوم بوجه وأهمل هذا الشرط. كما استهانوا في جوامع المداين أخذ الأجرة على صلاة الفريضة ولم أر من ينتسب للطلب يتوقف عنه، وللعلماء فيه خلاف والأقل على كراهته والقول بجوازه ضعيف.

وسئل أبو عبد الله بن زيادة الله عمن أوصى بثلثه لمن يولد لأولاده الثلاثة ويكون نصيب كل بيده حتى يتزايد له الولد فإن أيس من الولد فهو يرجع على أولاد إخوته، فهل تبطل الوصية من أجل شرطه بقاء نصيب كل تحت يد الوارث أم لا؟

فأجاب: الوصية جائزة إلاّ قوله تبقى بيد ولده فهو ساقط ويبقى جميع الورثة فيه حتى يوجد الولد أو يُيْأسَ منه فيكون كما قال.

وسئل: بعضهم عمن أوصتْ بثلث ما تخلّفه بعدها من قليل الأشياء وكثيرها لأول مولودٍ يولد حياً لابنتها فلانة، وجعلتْ ذلك موقوفاً بيد الوصي

على الابنة المسماة حتى يتزايد مستحقه، وجعلته وصياً على تنفيذ الوصية المذكورة وإقامته في ذلك مقامها، لا يعترضه في ذلك معترض. ومن جملة متروكها ربع له غلات. فبعد وفاة الموصية المسماة تهيَّأ في الربع المذكور استغلال فأراد الوصي ضم ثلثه ليكون موقوفاً بيدها مع الأصل حتى يتزايد مستحقه على نحو ما أوصت به الموصية [135 ـ ب] وأراد الورثة قسمة الغلة على فرض موارثهم وأن صاحب الثلث لا يستحق الغلة إلاّ بعد وجوده، وأرادوا إطراح ما ذكرته الموصية من إيقافه ما ذكر بيد وصيها، فهل القول قول الوصي أو الورثة؟ وأيضاً ففي هذا الربع ما لم ينقسم فطلب الورثة المفاصلة فيه لضرر الشركة، فهل يفاصلهم الوصي بالبيع والمعاوضة؟ وما يصح للوصية من ثمن يشترى به ما يوقف حتى يوجد مستحقه أم لا يكون ذلك إلاّ بتقديم السلطان له أو غيره لذلك ممن يراه أهلاً لذلك؟

جوابها: يجب وقف الثلث من الربع المذكور ومن غلته من يوم وفاة المرأة الموصية المذكورة إلى وجود مستحقه ويكون بيد مَن أمرتْ أن يوقف بيده. فإذا وُجد مستحقه قبضه من ينظر له من مقدم قاض أو وصي أو أب حتى يبلغ من يقبض لنفسه. وإن أيس من وجوده عاد الثلث المُوقَف وما يخصّه من الغلة ميراثاً بين جميع ورثة المرأة. وإذا كره البقاء على الشركة في الربع المذكور والمستحق للثلثين وأرادوا المفاصلة إما بقسمة أو بيع أجبر الناظر في الثلث على ذلك، فإن بيع كان ما يخص الثلث من الثمن موقوفاً بيد الناظر حتى يوجد مستحقه. فإن وُجد وإلاّ عاد ميراثاً ولا يشترى به ربع آخر لأن الغائب يباع عليه ربعه بالموجب ولا يُشترى له.

وسئل ابن علوان عن ذلك، ونص السؤال: في رجل أوصى بثلث ما يخلفه بعده من كثير الأشياء وقليلها، دقيقها وجليلها، لأول مولود يتزايد لولده، لمن يكون اغتلال ذلك من وفاة الموصي إلى أن يوجد الموصى له؟

أجاب: غلة الشيء الموصى به إذا كان جزءاً شائعاً مما يجوز الإيصاء به كالإيصاء بالثلث أو أقل كما في هذه القضية المسؤول عنها يكون من حين وفاة

الموصي إلى حين وجود الموصى به للموصى له المذكور. ولا أعلم الآن في ذلك خلافاً. وأما إن كان الموصى له معيناً مثل [136 ـ أ] الإيصاء بدار بعينها وجنّة بعينها أو عبد بعينه، فما يحدث من ذلك من غلة من حين وفاة الموصي إلى حين وجود الموصى له، خلاف هو في المدونة وفي غيرها من الكتب.

قلت: ما أشار إليه فيها هو قوله من أوصى لرجل برقبة جنانه أو أمَته أو عتقها فأثمر الجنان بعام أو عامين أو ولدت الأمة، وذلك قبل موت الموصي والثلث يحمل الجنان وما أثمر والأمة وولدها فالثمرة للورثة دون الموصى[1] له وما أثمر الجنان بعد موته قبل النظر في الثلث فالثمرة للموصى له ولا تقوم الثمرة مع الأصل. ثم ساق المسألة وقال: قال غير هذا أو هو قول أكثر الرواة. ثم ذكر أن الغلة المجتمعة في الإيقاف تقوم مع الأصل في الثلث، فانظره فهو الذي أشار إليه الشيخ رحمه الله.

وسئل عن ذلك ابن أبي الدنيا: في رجل أوصى بثلث ما يخلفه لأول مولود يولد لبعض ورثته، ومن متروكه جنات، وقد تزايد المولود المذكور، فلمن يكون عائد اغتلال الثلث الموصى به في الكتب المذكور من يوم وفاة الموصي إلى اليوم الذي وُلد فيه المولود المذكور، أيكون ذلك للورثة في تلك المدة المذكورة أم يكون للموصى له؟

فأجاب بعد سطر الافتتاح: من شرط ملك الموصى له قبول ما أُوصِيَ له به، ومن حين القبول يكون له الاغتلال والخراج على المشهور من القولين وقبول هذا لا يتصور إلاّ بعد وجوده فيقبل له الناظر له، ويحكم له بما أُوصي له به وبغلته حينئذٍ، وبالله التوفيق.

وبعد وصول الجواب ورد عليه السؤال بأن قيل له: وصل وجوابكم المذكور.

فسئل: الناظر للمولود الموصى له وهو والده هل قبل لولده المذكور الوصية المذكورة أم لا؟

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

فقال: قبلت له الوصية المذكورة من حين تزيده وقبلت له فوائد الغلات في ما مضى تاريخه قبل وجود المولود وقبل القبول هي للموصى له. وقال الوارث: ليس كذلك وإنما هو للورثة، ومن يوم القبول يملك الموصى له الأصل واستغلال الغلة.

فأجاب: لا يعمل بالقبول إلاّ بعد وجود الموصى له ومن بعد وجوده وقبول والده يكون [136ـ ب] له الاستغلال لا قبل ذلك، على المشهور من مذهب مالك.

وسئل: عن ذلك القاضي أبو عبد الله المصري ثم التوزري.

وسئل: عن الاستغلال من يوم وفاة الموصي إلى يوم ولادة الموصى له.

فأجاب: الاغتلال للورثة في تلك المدة المذكورة يقتسمون على فرائضهم.

ووقف ابن زيادة الله على هذا الجواب فوافق عليه وذكر أن المسألة منصوصة لابن يونس من الوصايا الثاني.

فأجاب فقال: الجواب صحيح ولا يحتاج في ذلك إلى استظهار بنض وأن الولد لا يملك شيئاً إلاّ بعد الوضع وتحقق الحياة فيه.

وسئل عنها بعض الفقهاء على وجه آخر .وهي: أن امرأة أوصت بثلث ما تخلفه لأول ولد يتزايد لشقيقها فإن لم يولد له فيكون الثلث لأول ولد لشقيقي الثاني أيضاً وتحصلت غلة من ذلك.

فأجاب: إن حكم الوصية المشار إليها الوقف إلى أن يقدّر الله بوجود الموصى له ثانياً فإن أيس من الثاني رجع ميراثاً على الفرائض ولا حق للموصى له إن وجد أولاً أو ثانياً قبل وجوده في الاستغلال، بل هو مال للورثة يقتسمونه، وبالله التوفيق.

وسئل شيخنا الفقيه أبو القاسم الغبريني: عمّن أوصتْ لعقب ولدها بالثلث، فإن لم يعقب رجع ذلك لإخوة لها ثلاثة، ولم ينصّ على أنه إن توفي

أحد الإخوة رجع نصيبه لأخويه ثم توفي أحد الإخوة بعد أخيه بمدة يسيرة. ثم توفي الولد بعد خاله بعد عشرين عاماً، فهل يرجع نصيب الأخ لإخوته أو يرجع ميراثاً عن الوصية؟ وكيف لو باع الولد الموصى لعقبه بثلثي جنة موروثة عن أمه لا وارث لها غيره؟ وذلك نحو عام ونحوه فأراد الآن الأخوان الباقيان الأخذ بالشفعة، فهل لهما ذلك أم لا؟

فأجاب: بأنه إذا مات الولد ولم يعقب رجع الثلث لإخوتها الثلاثة إن كانوا بالحياة، ومن مات منهم رجع نصيبه لورثته، ولهم الشفعة إن شاؤوا. وكذا أجاب شيخنا الإمام، وأن أولاد الموصى لهم أحق.

وفي الوثائق [137 ـ أ] المجموعة: كان الحبس معيناً لمن سيولد فاستحقه صنف ثم إنه انقرض في حياة المحبس وبقي الحبس موقوفاً لمن يولد بعد. قال: لا يوقف الحبس في الفترة بعد موت المحبس عليهم في حياة المحبس إلى أن يولد له لأنه يمكن أن لا يولد له أصلاً حتى يموت، فيكون توقيف الغلة عمن يجب له من المرجع الذي جعل مرجعه إليه ضرر.

قلت: وهذا نحو ما تقدم في المسائل المتقدمة أن الولد لا يستحق الوصية إلاّ بعد وجوده، وإذا لم يوجد فيستحقه من كان حاضراً ولو كان بعد الولد رتبة.

وسئل المازري عن قول بعض القضاة: ثبت عندي موت فلان ولم يرثه إلاّ غائب بالمشرق، وشهد عدل أنه أوصى لصبي له أبٌ بوديعة ولم يترك إلاّ عرضاً وحلياً لا ينقسم، ما الحكم في التركة وما يفعل في الوصية؟

فأجاب: ما لا ينقسم يباع ويوقف للغائب حظه وتوقف وصية الصبي إلى بلوغه فيحلف مع شاهده، لكن إن كانت نفقته واجبة على الأب فيحلف لتسقط نفقة الولد فله ذلك.

قلت: وحكى ابن رشد في شرحه لكتاب النكاح أن الولد يحلف مع شاهده. وحكى أيضاً أن الأب يحلف معه.

وسئل المازري: أيضاً عمن أوصى بثلثه ثم اعترف بدنانير لمعين.

فأجاب: إذا اعترف بذلك وهو صحيح أو مريض لمن لا يتهم عليه صح ذلك ولم يكن عليه إلاّ يمين القضاء، وإن كان لمن يتهم عليه بطل الإقرار عند مالك وابن القاسم، خلافاً لغيرهما ويكون من الثلث.

قلت: ذكرها في المدونة في الصديق الملاطف في الوصايا وغيرها.

ابن الحاج: لو قال في الوصية لا رجوع لي فيها كانت كذلك كالتدبير. قاله التونسي في أول المدبر.

قلت: تقدمت هذه لكن محلّها هنا فنذكرها.

وسئل أبو القاسم بن مشكان عمن شرط في وصيته عدم الرجوع فيها.

فأجاب: عن محمد بن مسلمة في المبسوط أنها والتدبير سواء، فإذا أوجبها فليس له الرجوع وإلاّ فهو وعد صحيح وله الرجوع عنه.

وعن إسماعيل [137 ـ ب] ـ يريد ابن مسلمة ـ أن الوصية ليست بإيجاب لأنه أمر أن يفعل بعد موته ولم يوجبه فله الرجوع. والتدبير إيجاب بعد الموت فأشبه قوله إذا جاء شهر كذا فأنت حر، فهو إيجاب، غير أن هذا معلوم والتدبير مجهول اتفقا في الإيجاب واختلفا في الوقت. وعن أبي عمران الفاسي في قوله فيها: والوصية إنما هو وعد بشرط وجود الموت ولم يغير وصيته لأن من الناس من يشترطه ومن لم يشترطه، فالكلام محمول عليه للعادة وغير المعلق بشرط هو المذموم. وقوله هذا يدل على أنه إذا فعل ذلك فلا رجوع له عنه.

وللتونسي في التعليقة: إذا قال في وصيته لا رجوع لي فيها أو فُهِمَ عنه ذلك فهو كالتدبير لا رجوع له، ولعلهم فهموا معنى التدبير على هذا. وحكى المازري عن الصائغ قال: التدبير والوصية سواء، إن شرط في الوصية عدم الرجوع فيها فهو كالتدبير وإن شرط في التدبير الرجوع فهو كالوصية.

وفي الوثائق المجموعة: إذا أوصى بوصية والتزم أن لا ينسخها بما يحدث بعدها من وصية وهي ناسخة لما تقدمها، فإن عهد بعدها بوصية وقال إنها ناسخة لما قبلها فلا تنسخ ما تقدم بعقده على نفسه عدم النسخ بما يحدث

بعدها. وهذا في وصية جائز الأمر، وأما السفيه إذا دبّر فحكى الطابثي فيه خلافاً هل له الرجوع؟ ويجري عليه إذا قال الصبي في وصيته لا رجعة لي فيها. ووقع في سؤال الشيخ أبي الفرج: إذا علمت السفيهة أن لها الرجوع في وصيتها فالتزمت عدم الرجوع فلا رجوع لها وهو جار على أحد قولي الطابثي الذيْن حكاهما.

وسئل أيضاً البرجيني عن رسم مضمنه: أن فلاناً أشهد على نفسه في صحته وجواز أمره أن أخته فلانة متى حضرتْ ـ ويسميها ـ فهي وصية لها من ماله وإن ماتت هي قبل ذلك فلا شيء لها من مالي سواء كنتُ حياً أو ميتاً، فأوجب ذلك على نفسه على [138 ـ أ] الشروط المذكورة، والتزم عدم الرجوع في هذه العطية بعد أن عرف باختلاف أهل العلم فيها فالتزم قول مَن قال بوجوبها في أواخر شعبان عام أحد وعشرين وسبعمائة (721 هـ/ 1321 م) ثم توفي بعد أعوام، فقام من يطلب هذه الدنانير فأظهر ورثته رسميْ وصية مؤرخ أحدهما بعام ستة وعشرين والآخر بعام سبعة وعشرين، ذكر في كل أن هذه الوصية ناسخة لما قبلها من الوصايا، فهل هذا ناسخ لهذا الالتزام المذكور أم لا؟

فأجاب: الوصية من العقود الجائزة في الشرع فله الرجوع عنها، بخلاف التدبير فهو من العقود اللازمة. فإذا التزم في الوصية عدم الرجوع صار من العقود اللازمة كالتدبير، وإن قال في التدبير: قصدتُ أن أغيّره وأرجع إلى ما شئتُ، كان له ذلك إذا لم تقم على عقد التدبير بيّنة. ولأبي عبد الله بن أبي مسلم بعد كلام ذكره في نحو هذا: اختلف العلماء في التزام ما حكمه عدم اللزوم مثل رفع ضمان ما عليه من العواري والرهان والرجوع عن الوصية التي التزمها وكان له الرجوع فيها، والتزام الزوج عدم خروجها من بلدها أو دار أبيها ونحو هذه المسائل، فالمشهور أن الشروط لا تُغَيّر ما ثبتَ من الأحكام، وقيل: هي من حقوق الناس ولا حق فيها لله تعالى، فما ألزموه أنفسهم منه لزمهم.

وأجاب البرقي عن ذلك: إذا ألزم نفسه عدم الرجوع ثم نسخها بعد ذلك

فاضطرب المتأخرون فيها، وعدم رجوعه هو رأيي.

وأجاب ابن البراء: إن ما أشهد به على نفسه من عدم الرجوع فلا رجوع له. قاله المتأخرون من المالكية كالتدبير، ثم جلب مسألة كتاب المدبر وما للتونسي في تعليقته هناك وقد تقدم.

وأجاب ابن الضابط: للموصي الرجوع عن الوصية، يريد في غير العتق، لأنها ليست بإيجاب ولا إيقاع وإنما هي وعد بعد الموت فله الرجوع عنها ما لم يلتزم عدم الرجوع فيخرج [138 ـ ب] عن حكم الوعد وتلزمه. وقوله: للوصي الرجوع عن وصيته إلى آخره، يريد في غير العتق والعتق على ثلاثة أوجه: فعند السفر والمرض له الرجوع، وإن ذكر التدبير فليس له الرجوع. واختُلف إذا قال ذلك وهو صحيح، فحمله ابن القاسم على الوصية وأشهب على التدبير. اللخمي: ولا فرق بين أن يعلقه على موته أو موت فلان أو إلى سنة، والأول أحسن للعادة. وقد اشتهر في الناس أن للموصي الرجوع عن الوصية ويحمل عدم الرجوع للعادة أيضاً فيه، وذكر كلام اللخمي إلى آخره.

وسئل ابن شعيب وهو قاض بقابس عن رسم مضمنه الشهادة على فلان قبل موته بشهر أنه ضعف عقله وقلّ مَيْزه ولم يزل عليه إلى أن مات، وإن ما قُيّد عليه في بعض وصاياه من عدم الرجوع في الوصية أنه نقص فهمه وعقله عن فهم هذا الكلام ومعرفته إلى أن توفي، فهل له الرجوع عن وصيته بعد الشهادة بعدم الرجوع أم لا؟ وهل تصح وصية مَنْ هذه حاله أم لا؟

فأجاب: يسأل عن ضعف العقل وما ذكر معه فإن أراد وصفه بالسفه فوصية السفيه جائزة، وإن أراد أنه مصاب في عقله فوصيته مردودة إلاّ أن يَعْتَرِيَه المرة بعد المرة، فتلزم في حالة العقل دون عدمه. وأما التزام عدم الرجوع فالمنقول لزومه بناء على أن الأصل الرجوع فالتزامه عدم ذلك خلاف الدليل، أو أن الأصل في العقود اللزوم فخرج عن هذا الأصل الوصية لموجب. فإذا التزم عدم الرجوع رجع إلى الأصل وخلاف ذلك مُصادم للأصول.

قلت: تقدم أن شيخنا الإمام أخذ من قوله: أنت طالق طلقة ينوي أن لا

رجعة لي عليك عدم اللزوم. وأخذه من كتاب الحبس ما يدل على اللزوم ومن المدبر الفرق بين العتق وغيره، فحصل فيه ثلاثة أقوال للتلقين فانظر ذلك، ونقلها ابن علوان قال: ولم يقرها وفيها تجوز وصية المحجور عليه والسفيه والمصاب في حال إفاقته ولا تجوز في خَبَله ولا [139 ـ أ] وصية مغلوب على عقله. وتجوز وصية صبي ابن عشر سنين وأقل مما يقاربها إذا أصاب وجه الوصية، وذلك أن لا يكون فيها اختلاط.

الباجي في المدنية[1] عن ابن القاسم: تجوز وصية ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة. محمد: أجاز مالك وأصحابه وصية من يعقل ما يوصي به ابن سبع سنين وشبهه. وعن أصبغ: تجوز وصية الصغير إذا عقل ما يفعل. وللخمي عن أصبغ: تجوز وصيته إذا عقل الصلاة. وفي العتبية: إذا أُنفر وأدب على الصلاة. والصبيان يختلف إدراكهم وتمييزهم فمن عُلِم تمييزه جازت وصيته إذا أوصى في ما هو قربة لله أو صلة رحم، وإن جعلها في من يستعين بها في منهي عنه رُدّتْ. وتقدم إذا جعل إنفاذ وصيته لغير الوصي فهي إلى وصيه.

وعن أشهب: في من أوصى لبكر بمائة دينار ولا ولي لها فدفعها الورثة بغير أمر الإمام إليها فقد بَرِئُوا.

قلت: بناء على أن أفعال المهمل غير مردودة.

قال: وإن كان لها وصي دفع ذلك إليه إلاّ أن يعلم أن قصد الموصي دفعه إليها لتستمتع به.

قلت: مثل قوله في كتاب الهبة: من وهب لصغير هبة وجعل من يحوزُها إلى أن يبلغ وتُرضى حاله فتدفع إليه وأشهد له بذلك، فذلك حوز. وإن كان له أب أو وصي حاضر فإذا بلغ فله القبض.

الباجي: إذا كان إذن المولّى عليه ثم مات لم يلزمه ذلك إلاّ أن يوصى به

---

(1) لعله الباجي (علي بن محمد الأندلسي) ولعله وضع شرحاً على كتاب المدينة من تأليف سليمان بن بيطير الأندلسي. انظر ابن فرحون: الديباج المذهب 176:1.

فيجوز في ثلثه. ولابن كنانة: إن قصد بذلك ليقضى من رأس ماله لم يجز على وارثه، وإن أوصى به على وجه الوصية برىء على الوصايا. ابن زرقون: لابن القاسم في الواضحة، إن لم يرد بيع المولّى عليه حتى مات نفذ بيعه، فعليه يلزمه الدين بعد موته فتأملّه.

وسئل ابن البراء في من أوصى بثلثه لأول ولد يتزايد لابنته وتوفي بغير بلده وأوصى أن تَخْرج لفقراء بلده خمسون ديناراً [139 ـ ب] هل هي من كامل التركة أو من الثلثين؟

فأجاب: محمل الوصية الثلث إلاّ أن يجيز الورثة الزائد عليه ولا تناقض بين هاتين الوصيتين فيتحاصّان في الثلث بكل واحدة، ولم أر فرقاً بين الوصية بالتسمية والجبر. وهو الذي عقده سحنون ووجهه ظاهر.

وأجاب البرجيني بمثل ذلك وزاد بياناً وهو أنه إن كانت التركة مثلاً ثلاثمائة دينار فثلثها مائة يضرب به فيها صاحب الثلث بقدرها، وصاحب الخمسين بذلك فيصير لصاحب الخمسين ثلثها ولصاحب الثلث ثلثاها.

قلت: حكى ابن رشد في المقدمات خلافاً في الوصية بالخبر والتسمية هل المقدم هو الأول أو الثاني أو هما على حدّ السواء، وهو مذهب المدونة فانظره.

وسئل ابن أبي الدنيا: عمن أوصى بثلث لأول ولد ذكر فتزايَدَ لابنته بشاهد واحد، وأقام بعدها سنين ثم مات في غير بلد الوصية، وقد أوصى حينئذٍ بخمسين ديناراً للفقراء، فهل يتحاصّ بها مع صاحب الثلث؟ ولو وقف ما يصير له حتى يعمل الواجب أو يبقى بيد الورثة؟

فأجاب: إذا أطلق الشاهد الوصية لولد البنت ولم يقيّد بسفر ولا مرض فهي ثابتة، فإن صدَّقه الورثة أخذ ما صار له في الحصاص، وإن لم يصدّقوه حلفوا وأوقف المتحصل له إلى بلوغه فيحلف ويستحق. وإن نكل بطل حقه وإن لم يحلفوه أخذ نصابه الولد ووقف بيد أمين إلى بلوغه. والمحاصّة مع صاحب الخمسين صحيحة.

وأجاب أبو الحجاج: يكون الثلث موقوفاً بيد الورثة على قدر مواريثهم حتي يتزايد الولد ويبلغ فيحلف ويستحق الوصية، وإن مات قبل البلوغ حلف ورثته واستحقوا الوصية، وإن ماتت البنت قبل الولادة بطلت الوصية.

قلت: هذه المسألة تجري على الخلاف: إذا قام للصبي شاهد بحق هل [**140** ـ أ] يوقف ذلك للبلوغ أو يحلفون ويقسمون ذلك؟ وما الفرق بين الأعيان من الحقوق وغيرها؟ انظر ابن يونس وغيره في الشهادات.

وسئل ابن الضابط: عمن أوصتْ في مرضها بصدقة وعتق وحبس وغير ذلك والتزمتْ في وصيتها عدم الرجوع في مرضها، وقد كان بينها وبين زوجها مشاورة. ثم أوصتْ ثانية أنها لم تقصد بالأول وجه الله تعالى وأنها لا تعرف معنى التزامها عدم الرجوع عن الوصية، ولم يبين لها الشهود ذلك. وسئل أحد شهيدي الوصية الأولى فقال: لا أدري ما كان، وشهد آخر أن النساء وكثير من الرجال يجهلون معنى عدم الرجوع عن الوصية، وأن هذه الموصية تشبه أنها تجهل ذلك.

فأجاب: لا يُقبل قولها عدم قصدها وجه الله تعالى إلاّ أن يقوم دليل أو سبب.

وأجاب: عقد شهادة من يشهد أن مثلها يجهل ذلك إذا ثبت أنه يشبه ما ادعت من جهل الحكم حتى يقرر لها، ولما ظهر لهما أنها تجهل الحكم تعذر حتى يبين لها وهو الصحيح في من جهل الحكم في ما سوى الحدود، كالمعتقة تتركه يطؤها أنها على خيارها. قلت: هذا إذاً خلاف المشهور في المعتقة.

وسئل البرقي في سفيه أوصى بثلثه لرجل والتزم عدم الرجوع ثم أوصى به لآخر وماتَ. وذُكر له جواب أبي الفرج التونسي أنها للأول وأنه مذهب المحققين. واستظهر الثاني بجواب ابن مشكان أن الوصية للثاني وأنها ناسخة للأولى.

فأجاب: الصواب أنها للأول. ووقف على جوابها البرجيني ورجّحه واستحسنه.

قلت: يتخرج هذا على مسألة عدم الرجوع في الوصية. فعلى منع الرجوع يحكم بها للأول، وعلى جوازه يتحاصّان، إلاّ أن يكون قال: الذي أوصيتُ به للأول هو للثاني بعينه فهو رجوع من الأول للثاني فيصحّ له على هذا القول دون الأول.

وسئل: ابن إبي زيد في من أوصى فقال: أخرجوا عني ثلثي أعطوا لفلان [140 ـ ب] عشرة ولفلان عشرة ولفلان ولفلان ولم يُسَمّ لهما.

فأجاب: يعطى لمن ما سمّى وباقي الثلث للمجهولين، فإن كان الثلث التسمية فأقل كان لأهلها وتبطل وصية المجهولين.

قلت: تقدم لابن سهل عن ابن[1] قال في وصيته جعلت النظر لولدي فلان وفلان إلى فلان، وله أولاد صغار غير الذين سمّى فإنهم يدخلون في الإيصاء وإن لم يسمّهم، لأنه قال ولدي دخل جميعهم فيه. إلاّ لو قال: من ولديّ فلان وفلان إلى فلان. كما لو قال: عبيدي أحرار فلان وفلان وسكتَ عن باقيهم يُعتقون أجمعون مَن سَمَّى ومن لم يُسَمّ.

وفي سماع أصبغ مسألة تُشْبهُ هذا، وهو من تصدق بميراثه على رجل وقال: إني أشْهِدُكم أني تصدقتُ على فلان بجميع ميراثي وهو كذا في الغنم والرقيق والرمك والثياب والدور والبور إلاّ الأرض البيضاء وله جنان. فقال أصبغ له كل شيء إلاّ ما استثناه إذا كان يعرفه. وقول ابن أبي زيد في فتياه: إذا لم يكن زائداً على التسمية بطل وما ذكر من المجهولين جار على أحد الأقوال في من صالح بشقص عن موضحة خطأ وموضحة عمداً، جعل ما زاد على المعلوم للمجهول. وهي مسألة فيها خبط طويل.

وسئل السيوري عمن أوصى بدنانير ولم يذكر صنفها وفي البلد يوم الوصية والموت سِكَكٌ مختلفة متساوية النَّفاق. هل للورثة إعطاء ما أحبوا وهو كقوله أحد العبيد أحرار، وقوله أنت حر أو أنت؟

(1) بياض بمقدار كلمتين في جميع الأصول.

فأجاب: أشْبَه ما يكون أن يعطى الورثة ما أحبوا لاستواء في السكك. وما أشير إليه من مسألة العتق فهو قصد التخيير بخلاف مسألتنا. ولو حمل عليه عدم القصد لعتق نصف العبدين، وقد نقل هذا وهو الوجه إلاّ أن يقصد ما ذكرنا.

قلت: ولم يذكر إذا اختلفت السَّكَكُ ما يكون له والأشْبَه على مسألة [141 ـ أ] إذا أوصى بنيه كل مملوك لي مسلم حرّ إن مِتُّ من مرضي، أنه يعتبر يوم الوصية. وعلى ظاهر المذهب إنما يعتبر يوم اللزوم فيكون ما يجب يوم الموت. ثم رأيتُ منقولاً عن المبسوط نحو ذلك، فقال: في الرجل يوصي ثم يموت بعد سنين وقد حالت السكة، فقال: تجب له دنانير السكة التي تجوز بين الناس يوم يموت وذلك أنها إنما وجبت له يوم يموت الموصي، ليس حين أوصى، وليس ذلك مثل البيع إنما يجب له ما يجوز بين الناس يوم العقد. وتقدم في مسائل الأكرية والبياعات من الصرف وغيره إنما المعتبر ما يكون يوم العقد لا يوم الحلول ولو كانت سكك مختلفة تجري بين الناس في كل زمن فالجاري على ما في النكاح أن يُعطى الوسط منها. وعلى ما قال أشهب في الهبة يُعْطَى الأدنى إذا قال: له مثل ميراث أحد ورثتي، فإنه يقضى له بالسدس أو بالثمن. وكما إذا وهبه نصيباً فما أقرّ به مما يكون نصيباً تلزمه حصته.

وسئل أيضاً عمن له أولاد وربيبة من امرأة أخرى ركن إليها دون الأولاد لقيامها به فحضرته الوفاة فأشهد أن لزوج ربيبته عنده كذا ديناراً، وإن أحاله على مديان له وأبرأ الربيبة وزوجها من جميع الدعاوى كلها، فهل للورثة يمين عليها أم لا؟

فأجاب: إذا ثبت ما ذكرتَهُ فإقراره وبراءته لمن ذكر لا يصح.

وسئل عمن حضرته الوفاة فاعترف لزوجته بدنانير صداقها، وأن لها عنده من ثمن القشّ باعه لها كذا، ولا يرثه إلاّ هذه الزوجة ومن هو منها.

فأجاب: إذا عُرف أنه باع من القش ما يمكن أن يكون مثل ما ذكره فاعترافه جائز، وإن لم يعرف ورثته ولده فهو جائز، وإن لم يكن فبين مَن يرثه ويُجابُ عنهم.

وسئل البرقي عمن أوصى بإخراج سبعة دنانير بعد موته يشترى بها خبزٌ يُتصدَّق به عليه للفقراء في سبع ليال من أولى ليلة مبيتِهِ في قبره على التوالي وما [141 ـ ب] بقي من ثلثي فلابنَة أخي فلانة بنت فلان وذلك بعد إخراج كفني وأسباب مواراتي، وعشرة دنانير ديناً عليّ لفلان. فهل ترون قوله؟ وذلك بعد إخراج إلى آخره، يرجع إلى الثلث أو يرجع إلى أنه يخرج من رأس التركة.

فأجاب: ما وقع فيه الاستفسار الغالب أن الميت لم يقصده وأن قصده أن مؤونة الدفن وما ذكر معها يخرج من رأس المال ثم بعد ذلك الوصية كما شرط. إلا أن يقول شهود الوصية: إنما فهمنا من الموصي إخراج ذلك من الثلث فيرجع إلى ما عندهم.

قلت: هذا على الخلاف في شهادة الفَهم، وقد مر فيها اختلاف.

وسئل البرجيني: عمن توفي بالمغرب، فأقام القاضي لابنته أمَّها مقام الوصي وجعل عليها مُشْرِفاً فقبضت المتحصل من التركة من ذهب وفضة وملبس وعروض وقاسمتْ، وفاصلتْ وعاوضتْ في الربع وزوَّجَتْها وجهَّزتْها بخمسمائة دينار على أنها تأخذ جميع ما تحصّل للابنة وتسكن ثلث دار الابنة خمس عشرة سنة. وحضر المشرف فأثبتوا الزوجية والإبراء والمعاوضة في الربع. ثم ثبت أنّ المتوفى أسند الوصية إلى أخيه في ابنته في المرض الذي توفي فيه، وأثبت أن المقدمة قبضت أكثر من خمسمائة دينار، فطلب نقض جميع فعلها لوقوع الحيف على الابنة فيه، فهل له ذلك أم لا؟

فأجاب: إذا أثبتتْ وصية الأب فهي الأصل ولا أثر لمقدم القاضي معها إذ لا أثر لنظره إلاّ مع عدم الأوصياء من قِبَل الآباء، فما فعلته المقدمة مردود من أوجه بثبوت الوصية من الأب ولو كانت صحيحة لما جاز لها التصرف في نفسها في مال اليتيم وقد ذكرت أيضاً أنها جهزتها بالدنانير المذكورة على أن تأخذ ما يتحصل وفيه ذهب وفضة فهي معاملة فاسدة، وقد عاوضتْ في بيع اليتيم لنفسها أو لغيرها ولم تذكر المسوّغ لهذه المعاوضة وأيضاً اكترت نصيبها من الدار المذكورة بقدر من الدنانير لا يعلم أصل قبضه مع أن الكراء وقع في صفقة فاسدة

وفي مثل [142 ـ أ] هذه المسألة جرى مثل بعض المتقدمين «لو صحت لما صحت» كما تقدم.

وسئل ابن البراء عن نحو السؤال المتقدم إلاّ أنه زاد فيه أن الأخ قال: لم يبلغني الإيصاء إلاّ بعد تقديمها ووقوع المقاسمة. فقالت الوصية: قد أسقط حقه في الوصية إذ لم يقم بها إلاّ الآن فأثبت الأخ ما تقدم، وقال: إن أفعالها توجب عزلها وإقامتي، فلا يلزمني يمين بسبب هذه الوصية، وهو أنهض منها في حق اليتيمة وأقْوَم، بيّنْ لنا الجواب؟

فأجاب: إذا صحت خلافة الأب وأقام غيره مقامه ولا قادح فيه فهو مردود بغير خلاف، فإن جهل الأمر وخيف النقص أو التلف على شيء ولا نائب حاضر نظر القاضي من يتولى ذلك ويرفع الضرر إن خشي. فإن ظهر وصي فيما وجده مطابقاً للمصلحة أمضاه وما كان على خلاف ذلك ردّه وتمادى نظره ما لم يحدث ما ينافي النظر المصلحي فيسقط تصرفه.

وقوله في السؤال: المرأة عقدت نكاح محجورتها كلام رديء لأن النساء لا يعقدن النكاح. وإن أراد أنها أذنت لمن عقد النكاح من الذكور فهي مقامة وعوضه على من أقامها، واستقصاؤه هو الوجه. والتزامها للعدد المسمى على ما ذكر خطأ لأن هذه الزوجة إن تزوجها على مال ورثته فهو ملكها، وملك الشخص لا يقال التزمه غيره. وإن التزمه الوصي على أن يأخذ هذه الأنواع فهو مبايعة ولا بد من بيان شرطها. وشراء الوصي مال يتيمته فيه كلام ولو بالقيمة. ولو أرادت أن هذا حاصل لها بالمورث فظاهر رديء وقول غير بيّنٍ.

والوجه كان يسمي جميع ملكها مفصلاً ويعرض على الزوج، فإن رضي عقد وإلاّ انصرف. والعجيب من موثق يتقدم[1] لصيانة العقود الدينية وجريها على المناهج الإسلامية يكتب مثل هذه الصور ويُوقع من الخلل في العقد الشرعي ما هو عنه مسؤول. وإذا أعطى العلماء قوانين في التسهيل على كل طائفة من الناظرين في علم، فما أحسن لو كتب سِجلاً من نظم [142 ـ ب] تلك

(1) كلمة سقطت من ج.

الأيمة ونقل رسماً على تلك الهيئة، وإلاّ فترك ما يستر تقصيره، وجعل الهم بغير حق عونه ونصيره، فيا لها من زلة قل ما تعفّى آثارها، ولا تنسى أوزارها، ووصي الأب لا يُصرف لمقام مع وجوده متأهلاً، ولا يجري ما قيل إلاّ وللوصي مانع ومع عدم المانع فلا.

قلت: وقعت مسألة، وهي أن رجلاً أوصى عند سفره بثلثه للفقراء وأوصى منه بمعينات لقوم مخصوصين من ذهب وربع وبقية الثلث للفقراء[1] وأسند النظر في هذا الثلث لرجل، فمات في سفرته تلك وثبتت وفاته وعدد ورثته وبيعت تركته في حق الورثة وأصحاب الثلث بعد أن جعل الناظر في الثلث بيد الشرع العزيز. فلما أخذ أهل الوصايا وصاياهم وأهل الميراث الذي لهم قدم رجل بوصيته، وفيها أنه أوصى للقادم بها بجميع ثلثه، وأن هذه الوصية ناسخة لكل ما تقدمها فرأيت أنا الناظر في الأحكام الشرعية وهو المصروف إليه النظر أنّ ما فات[2] مضى وما هو بيده من أصحاب الوصية المعينة يرجع عليها بها، مستدلين بمسألة: إذا أنفق الوصي التركة على الأيتام ثم طرأ دين، ونحوها من المسائل التي يعذر فيها المجتهد إذا أخطأ. وهذه المسألة الواقعة أحق من مسألة الكتاب لأن إسناد النظر هنا إنما هو من الموصي لا من القاضي فهو أخف، فلم يتم النظر في القضية وأهملت من القادم بالوصية الثانية، لأنه اتهم بأنه أخذ ماله في السفر بل بقيتْ عليها ريبة أدتْه إلى عدم فحصه عنها إذ لم يثبت له مال في سفره وقد كان سافر بمال له بال، فلم يظهر له أثر. وبالله التوفيق.

وسئل البرقي في من أوصى لأم ابنته بمال إن دامت على كفالة ابنته إلى أن تُزوج ويدخل بها، هل تمكّن الآن من المال أم لا؟

فأجاب: الوجه تمكينها منه إن أتمت، تمت لها الوصية وإلاّ استرجع المال.

فأجاب ابن البراء بمثل ما قبله قال: ما دامت على الشرط، فإذا ناقضته

---

(1) جملتان سقطتا من أ.

(2) جملة سقطت من أ.

ففيه تفصيل لا يحتاج إليه الآن. ومن هذا في المدونة وكتاب ابن يونس. قال مالك: من أسند وصيته إلى زوجته على أن لا تتزوج فتزوجت فسخت وصيتها. ومسألة إن أوصى لأم ولده بألف دينار على أن لا [143 ـ أ] تتزوج تأخذها فإن تزوجت أخذت منها. كما جاز أن تعطي المرأة لزوجها مالاً على أن لا يتزوج، وإن كانت معاوضة، فيها نظر، لأنها تأخذ المال وتبقى بالخيار بين الفعل وتُرَدّ أو الترك وتبقى لها، فهو تارة بيع وتارة سلف. وقد تمسك عشرين سنة ثم تتزوج فيؤخذ المال منها.

وفي السليمانية: في من وضعت من صداقها على عدم طلاقها، فإن طلق رجعت بما وضعت. لم تجز: فهي في هذه على أصل معاوضات الغرر.

ابن عات وعن أبي عبيد: في المرأة يعطيها زوجها شيئاً على أن لا تتزوج بعد موته، أنه شرط لا يجوز. قال: وإن حلفت له أن لا تتزوج بعده فلبثتْ له ما استطاعت، فإن خافت العَنَتَ فالحلاف خير من الحرام.

ابن عبد الغفور: من أوصى لجيرانه، فأحسن الأقوال أنها لمن سمع الإقامة من أهل المسجد.

قلت: قال اللخمي، وقيل الجيران أهل المحلة الذين يجمعهم المسجد أو مسجدان لطيفان متقاربان. وقيل: إن كان في دار كبيرة جامعة يسكن بعضها، فقسمت وصيته على أهلها من أدرك القسم منهم ولو سكن قبل ذلك بيوم، ولا حق لمن انتقل عنهم قبل ذلك. وإن كان سكنها وحده كان الجوار لمن واجهه وهو معه في السكة المستقبل بعضها بعضاً ويجمعهم الطريق والمدخل، وما وراء ذلك مما يليق بالمنزل وجنباته فقط. يُقسم على أحرارهم ولا قسم لزوجة ولا لمن تلزمه النفقة من ولد، ويقسم لمن كان بالموضع من أحرار أو رقيق إذا كان حراً. وروي عنه ﷺ أنه قال «أربعون داراً جار» ولم يثبت. الزهري: أربعون من كل جانب. وعن بعض أهل العلم من سمع الإقامة فهو جار، وهذا الذي ارتضاه الشيخ.

وسئل ابن زيادة الله: عمن أوصى أن يجعل بين أكفانه ختمة قرآن أو جزءاً منه أو جزءاً من أحاديث نبوية أو أدعية حسنة، هل تنفّذ وصيته أم لا؟ وإذا عُمل ذلك، فهل ينبش ذلك ويخرج أم لا؟

فأجاب: لا أرى [143 ـ ب] تنفيذ وصيته وتجلّ أسماء الله تعالى عن الصديد والنجاسة. فإن فات فأمر الأدعية خفيف، والختمة يجب أن تنبش وتخرج إذا طمع في المنفعة بها وأمن من كشف جسد الميت ومضرته والاطلاع على عورته.

قلت: وقعت هذه المسألة بتونس. فحكى شيخنا عن بعض أشياخه في الذي أوصى أن تُجعل إجازته معه أنها تجعل بين أكفانه بعد الغسل وتخرج إذا أرادوا دفنه. وحكى غيره أن تجعل عند رأسه فوق جسمه بحيث لا يخالطها شيء ويجعل بينهما من التراب بحيث لا يصل إليه شيء من رطوبات الميت.

وفي بعض التواريخ أن أبا ذر أو غيره من فقهاء الأندلس أوصى أن يدفن معه جزءٌ ألّفه من الأحاديث وأنه فعل ذلك. وكذا أوصى آخر أن يدفن بخاتم فيه مكتوب لا إله إلاّ الله محمد رسول الله، وفعل ذلك. وهذا عندي قريب، لأن قصده التلقين والبركة. وقد أجاز في رواية ابن القاسم الاستنجاء به وكتب آيات للكفار ومبايعتهم بالدنانير والدراهم التي فيها اسم الله تعالى وهنذا أخفّ. ومثل ذلك حفيظة تكون عند رأسه تليه من فوقه لا بأس بذلك عندي. وقد كتب النقاش حجارة فوق القبر فيها ذكر الله وآيات القرآن والوعظ، والتذكير والشهادتين. ولا يضرّ كون ذلك مجاور للقبر. وجرى عرف الناس في الأعصار عليه وقد مضى حكمه.

ابن الحاج عن ابن زرب: في من أوصى لمسجد معين بأرض فإنها لا تباع في مصالح، وحكمها حكم الحبس.

قلت: وكذا كل ما تُجرى منفعته ويبقى رسمه، أو من شأنه أن يصرف عينه فيه كحُصرُ وحجارة وحصر وأبواب ونحو ذلك، وهو مثل ما فسره في الجهاد. وقد مرّ في مسائل الجهاد والحبس حكمه.

وسئل المازري عمن تصدقت على بني ابنها بديون وأذنت لأبيهم أن يحوز ذلك لهم ودفعت إليه وثائق الديون المتصدق بها، فقبض ذلك لبنيه على وجه الحيازة للصدقة المذكورة وكل ذلك في صحتها. [144 ـ أ] وأوصت أيضاً للبنين المذكورين بثلث ما تخلفه بعدها وتركت ابنها والد البنين وبنتا أخرى. فقام الأب يستوفي الصدقة والوصية، فنازعته أخته وقالت: إنما قصدت بذلك إضراري، وهذه الأيام مهاجرة لابنتها المذكورة لها مدة طويلة لا تلتقيها ولا تتكلم معها محبة في ابنها وبنيه وساكنة معهم أيام حياتها. وشهد شاهدان أن ما فعلته الأم من الصدقة إنما هو إيثار لابنها لبغضها لابنتها ولمهاجرتها وذلك مشهور، فهل تمضي هذه الصدقة والوصية أم لا؟

فأجاب: أما ما تقدم في الصحة من هبة حيزت فإن الأظهر من المذهب إمضاؤها وأما الوصية بالثلث في المرض المخوف التي ماتت فيه، ففيه القولان المشهوران. وما ذكرت من شهادة الشاهدين إلى آخره، فالعلم بهذا إنما يتلقى من قرائن الأحوال. والعلوم الضرورية المأخوذة من قرائن الأحوال إنما يوثق فيها بالحذاق العارفين بمآخذ العلوم، وربما اختلط على من لا يعرف قصدها بالوصية، هل الإحسان إلى من قصدت له جزاء عن خدمته لها وإحساناً إليها، أو حرمان من تعاديه، فينبغي أن تحقق هذه النكتة، وقد مرت.

وسئل ابن أبي الدنيا عمن أوصى في مرضه المتصل بوفاته بأولاده لفلان ولم يذكر في الوثيقة صغيرهم ولا كبيرهم، وكيف إن لم يعرف صغيرهم إلا من قول الأب الموصي؟ ولم يظهر عقد الإيصاء حتى فات الكشف عنهم، هل الإيصاء عامل أم لا؟ وهل يقبل قول الأب بصغيرهم أم لا؟ وهو كثير الوقوع.

فأجاب: ينظر الأولاد الآن ويقدر سنهم. فإن علم بالتقدير أنهم كانوا في سن من يوصى عليه عمل بذلك، وإن لم يتحقق ولا شهد الشهود عليهم حين الوصية فلا يولى عليهم بذلك الذي أشهد به الأب.

وسئل أبو العباس المروزي عمن غاب فأثبتت زوجته عند القاضي أن زوجها جعلها وكيلة في حياته ووصية بعد وفاته، وأنها تزوج ابنتها منه قبل

البلوغ وبعده. فحكم [144 ـ ب] القاضي بذلك وجعل بيدها مثل ما أثبتتْ. فغاب الرجل نحو سنة ونصف فأقامت المرأة من عقد نكاح ابنتها، ولم يذكر في العقد هل الأب حي فتُزوّجها بالوكالة، أو ميت فتزوجها بالوصية، ولا شهد أحد بتمادي الغيبة المذكورة، وقد أشيعت عنه شاعة الموت وكثرتْ، هل العقد مستقل بنفسه؟ لأن الأب إما أن يكون حيّاً أو ميتاً وقد جعلها وكيلاً في حياته ووصياً بعد وفاته، فأشبه ما لو كان هو متولي ذلك. هكذا الرواية، وفي النفس منها شيء. إذا أوصى الزوج قبل بلوغها وبعد وفاته لقوله ﷺ «اليتيمة تستأمر في نفسها» إلاّ أنه ليس في الحديث أن أباها أوصى إلى أحد أن يزوجها قبل بلوغها. والذي يظهر لي أن العقد تام لأنها فعلتْ ما أطلق لها الأب في حياته وبعد مماته هكذا يظهر.

وسئل اللخمي في من أوصى أن تفرّق زكاة ماله أو يخرج طعامها للفقراء ولمخرج الكفارة، فأعطى لمن لا يصلي، هل يجزي ذلك أم لا؟ وهل يعطي بالمدّ القروي أو الوافي.

فأجاب: لا أرى لهذا أن يعطي زكاته إلاّ لمن هو من أهل الصلاة، ومن شك فيه فلا يعطاها فإن فعل أجزته ولا إعادة، وكذا الكفارة والأمر سواء. ويعطي الوسط من الشبع المعتاد عندهم كان أكثر من مد أو أقلّ ويُعطى معه الإدام.

وسئل ابن محرز عمن أوصى أن يخرج من ماله ثلاثمائة قفيز شعيراً ودراهم كثيرة، وأسند الوصية لإخوته فباعوا من التركة في أسرع وقت قدر الوصية المذكورة وأخذوها من الأيتام ولم يُخرجوا منها حبة واحدة وقد هلك في هذه الشدائد كثير من الفقراء، ولم يخرجوا لهم شيئاً، فهل يجرّحون بذلك أم لا؟ وهل للقائم أن يقوم محتسباً عليهم أو لا؟ وهل إن قالوا ضاعت أو غابت عنّا يقبل قولهم أم لا؟ وكذا إن ادّعوا تفريقها هل تقبل منهم أم لا؟

فأجاب: إذا لم يكن عذر في إيقاف الوصية هذه المدة فهي جرحة عليهم، لأنهم ظَلمةٌ بما فعلوا، ويمكّن المحتسب من القيام ولا يُمنع من ذلك،

[145 ـ أ] ولا يقبل قول الأوصياء إنا دفعنا إلاّ ببينة على الدفع أو براءة من قاض.

قلت: لأنه قد تقرر أنهم لم يخرجوها في وقتها فقد تعلقت بذمتهم. ويحتمل أن لا يقبل مطلقاً كما تقدم للسيوري، لما تقرر من عدم أمانتهم، والله أعلم.

وسئل اللخمي: في من أوصى أن يُخْرَج عند موته مائة ويبة شعيراً وخمسون ويبة قمحاً وستون ويبة من تمر، وخمسون قلةً زيتاً إلى ثلاث سنين ثلث ما ذكر في كل سنة وذكر أن التمر يخرج في رؤوس النخل من الجذاذ إلى الجذاذ فاقتسم الورثة رباع الغابة وبعد القسمة قال أحد الإخوة: لا نرضى بهذه القسمة. فقال له أحد الإخوة: نعمل لك ما تشتهي، فقال له الأخ: نشتهي نصيبك. ثم قال له: ما قلتُ لك ذلك إلاّ استرضاء لك لا أنك تأخذ غير نصيبك. فتخاصما إلى قاضٍ فقال لهم: قسمتكم لا تجوز من أجل الوصية. فقال من أراد تمام القسمة: القمح والشعير في الدار ورباع المدينة فيها كفاف الوصية مراراً، وإنما لم يخرج الطعام لكونه أراد فسخ القسمة فأخذوا بينة واكتالوا بحضرتها ما يجب في هذه السنة من القمح وميَّزُوه ليفرَّقَ، واقتسموا بحضرتهم رباع المدينة وأبقوا الماء الذي تسقى به الرباع وهو أزْيَدُ من الوصية. فهل يجوز فعلهم أم لا؟ وفي الوصية أربعون ديناراً لصبية معينة وخمسة وعشرون قادوساً[1] وأرضاً معينة لأحد الأولاد.

أجاب: ليس في قول الأخ ما يُفهم منه أنه جعل لأخيه أن يأخذ نصيبه وإنما فيه أنه إن أحب أن يتم القسمة وإن أحب نقضها نقضت، ولا يجوز ذلك لأنه غرر. وأما قسمة رباع الحاضرة فإنه يجوز إذا ضمنوا في ذممهم ما وصى به الميت من القمح والشعير والزيت، وكانوا مأمونين بمثل ذلك، ولو أوقفوا له ما يوفي به في الغالب. وليس الحكم في ما وصى به الميت أن يخرج ناجزاً مثل ما يخرج ويوقف لإجمال، ولا يلزم الورثة إيقاف التركة لأجل الوصية حتى تنقضي

(1) القادوس: وعاء خزفي يربط في دائرة الناعورة يستخرج به الماء.

السنون [145 ـ ب] ولا هذا قصد الميت. وكذا التمر إذا أوقفوا من النخل ما يوفي في كل عام عشرين ويبة في غالب الأمر. وإن كان ذلك لا يجعلها عند قلة الإصابة واقتسموا ما بقي جاز ذلك، وإن لم يكونوا أوقفوا ذلك نقض مما في يد كل واحد بقدر ما يكون موقوفاً للوصية.

وأجاب أيضاً عن هذه المسألة: إن قسمة الرباع، رباع الحاضرة، جائزة إذا وقفوا من الرباع ما يوقن أنه يوفي بما أوصى به الميت مما لا يخرج من الغلة، وإن ضمنها الورثة وكانوا مأمونين جاز ذلك أيضاً.

والجواب عن الزيت والتمر إذا أوصى به الميت أن يخرج من الغلة: أن يوقف من الحوائط ما يوفي بذلك في الأغلب، وإن لم يكونوا فعلوا نُقض من القسمة بقدر ما يوفي بذلك في الأغلب. وأقول: إلاّ أنه إذا لم يثبت ذلك إلاّ بشاهد واحد ولم يصدقه الورثة أن الوصية به متعلقة بعين الرباع عاد حكم التمر والزيت حكم ما تقدم مما سواه. وإن رضي الورثة أن يعجلوا إنفاذ ذلك للفقراء والمساكين جاز ذلك إذا كان قصد الميت بإنفاذ الوصية في ثلاث سنين وقف ورثته، ولئلا يشق عليهم إنفاذ ذلك جملة. وإن كان قصْده ارتفاقاً للفقراء بها سنة بعد سنة لم يجز تعجيلها الآن. وإذا اختلف الورثة في التعجيل فالقول قول مَن دعا إلى التأخير حسبما وصى به الميّت. فوصية الميت أن يكون الشعير والقمح مما يحرث في الأرض لا تصح، وليس عليهم أن يزرعوا له. وإن لم يرضَوْا بذلك اشتُرِيَ ذلك من تركة الميت.

وسئل اللخمي عمن اشترى ضيعة من مال ميت بيعت عليه لوصايا ولِدُيُون فيها، فقبض بعض ثمنها وبقي عنده زماناً ثم طلبه الوصي بأخذ بقية الوصايا من الثمن عند القاضي، وحجر القاضي عليه بيع بعضها حتى يقضي بقية الثمن، وضيَّق عليه حتى قال: إن لم أقْضِه في زمن كذا فقد وكَّلْتُه على بيعها. ثم إنه قضاه وقضى بقية المداين ولم يبق عليه شيء. ثم خرجت وصية الميت [146 ـ أ] فوجد أنه بقي فيها رقاب وشِراء حجَّتَيْن وقد توفي الوصي والمشتري بعد، فطولب بعض ورثة المشتري، فقالوا: إنه دفع وما مات حتى دفع ذلك لأربابه بعد أن

خوصم، وذكروا بعض ما جرى له، فهل يرجع على تركته أو على القابضين؟

فأجاب: إذا كان المطالب به هذا الرجل مكتوبُ جملته كذا يقبض منه جميع ذلك، كان عليه إخراج هذه الوصايا من القابضين منه ذلك المكتوب، وإن كانوا أوقفوا ذلك وإنما قبضوا ما سوى الوصايا كان عليه أن يخرج ما أوقف عنده من ذلك، والله الموفق.

وسئل عمن توفي وقُسِمَتْ تركتُه وبيع بعضها وذهب، ووقع التصرف فيها. وبعد مدة طويلة خرجت وصية للميت بأشياء معينة وحجج ورقاب وعقارات فطولبوا بها. فرغب من أراد تمام القسمة بأن يزن ما يخصه وامتنع من رغب في نقضها من ذلك. فلما طال الخصام عند القاضي ذكر لهم أنه أفتى بأن القسمة تُنقَض ويَرَدّ كل من بيده شيء ببيع أو هبة أو قسمة، وجميع ما جرى فيه حتى تعرض كلها للبيع فتُردّ الوصايا وتُقسم البقية. فلما أيقن الورثة بذلك التزموا أجمعون أداء الوصية وتبايعوا الرقاب وأقروا أن حكم القاضي جرى على سنن الحق من النقض، وأنه كان بعد الإعذار لمن يجب الإعذار إليه.

فطولع الشيخ في هذه القضية وذكر له جميع ما جرى للقاضي فيها وما اتفق الورثة عليه فأجاب: بأن تقاررهم ليس بصحيح لأنه ليس بأمر خفي على القاضي وعما وقعت فيه الفتيا، وإنما هو استسلام ليُتمّ أمْراً أرادوه، وإنما ينفع التقارر إذا كان الأمر لم يكونوا ذكروه.

وسئل أيضاً عمن قال في مرضه: أبيع ربع جنتي من ابن أخي فإنه يحفظ أولادي من بعدي ويقوم عنهم، وأنا أبيع منه بأقل مما أعطيت فيه. فقال المشتري: وثيقتي بالشراء من أبيكم ليس فيها شيء من هذه الشروط. فأقاموا عليه شاهداً واحداً بهذا الشرط المذكور وقد فات الجنان بيد [146 ـ ب] المشتري بالغرس الكبير والزيادة، لأن الشراء منذ ثمان سنين في يده.

فأجاب: إذا لم تشهد البينة على المشتري أنه عاقد البيع على ذلك، وإنما شهد على قول البائع خاصة فالبيع جائز، وإن شهدت البينة على المشتري أنه عاقد البيع على ذلك فالبيع فاسد، وينقض البيع إن لم يتغير المبيع في نفسه ولا

سوقه، وإن تغير أو طالت السنون أو حال السوق ففيه القيمة.

قلت: قوله أو حالت الأسواق، خلاف المشهور أن الرباع لا تُفيتُها حوالة الأسواق في البيع الفاسد، ولعله اختار القول الثاني.

وسئل عمن تزوجتْ رجلاً وبعد مدة مرضت فأوصتْ لأجنبي بثلث مالها. وماتت من هذا المرض عن والدة وإخوة وزوج. وبعد مدة تصدق المكتوب له الثلث به على الزوج المذكور، وكانت بينهما صداقة ومودة واتصال. فبعد مدة ذكر الموصى له أن الموصية قالت له: إنك ترد الثلث على زوجي بعد موتي. فقال الزوج: هذا منك ندم وأردت إدخال الضرر عليَّ لأجل أنه وقع بيني وبينك. هذا وشهد شاهد أن الورثة قالوا للموصى له قبل الصدقة: أتحلف أنه لم يقع بينك وبين الزوج مواطأة؟ فقال: لا أحلف. فقال الزوج: ومن أين يعلم الموصى له أنها قصدتْ ذلك، ومع ذلك فلا بد للشاهد أن يؤرخ اليوم الذي زعم أن الموصى له نكل عن اليمين فيعلم هل ذلك قبل الصدقة أو بعدها، فهل تتم الصدقة بالثلث أم لا؟ ولا يلتفت إلى نكول الموصى له أم لا؟

فأجاب: الوصية لمن بين الزوج وبينه مواصلة وهو مُوسِر فيها تهمته بيّنةٌ وإذا نكل الموصى له عن اليمين وجب سقوطها ورجوعها ميراثاً، والشهادة بالنكول وأن ذلك كان قبل الصدقة بها شهادة صحيحة ولا يضرّ عدم التاريخ. وصدقة ذلك الموصى له على الزوج زيادة في قوة التهمة وأن ذلك كان بمواطأة قبل ذلك فلا تمضي هذه الوصية بحال.

وفي الوثائق المجموعة: لا يجوز لوكيل [147ـأ] القاضي على النظر لليتيم أن يوكّل. ابن عات: في الأول من أحكام ابن سهل خلافه، وانظر لأي شيء لم يكن له أن يفوض إليه. في آخر الأقضية لابن محرز. وفي نوازل ابن رشد والذي لابن محرز في آخر الأقضية: كل من ملك حقاً على وجه لا يملك معه عزله عنه فله أن يوصي به ويُستَحلف عليه وذلك كالخليفة والوصي والمجبرة، على مذهب ابن القاسم فيها، وإمام الصلاة. وكل من ملك حقاً على وجه يملك معه عزله عنه فليس له هو أن يوصي به وذلك كالقاضي والوكيل وإن

كان مفوضاً إليه، وخليفة القاضي المُقام للأيتام.

قلت: وتبقى وكالة للضرورة جارية على مسألة نيابة القاضي.

وسئل الإمام المازري عما جرى عليه الأمر في الأحكام أن الوصي والمقام إذا وُكّل على قبض مال في ولايته وأراد الحكم فلا بد أن يثبت عند القاضي أمانة الوكيل، وإلاّ كان القاضي معه ضرب من التفريط. وذكر المقدم أن الميت له مال عند الرجل في مصر على وجه الرسالة ووكّل الرجل المذكور على التصرف. وذكر المؤدب عن الفقيه أن هذا لا يحتاج فيه إلى إثبات أمانة المتصدق، فإن يَكُ في هذه المسألة خاصة فما الفرق بينها وبين غيرها؟ وإن يك لا يحتاج لإثبات الأمانة في كل موضع تحيّد ثم القاضي لم يذكر من شهد بالوكالة في ذلك وإنما عوّل على حضورهما عنده. وهو قضاء على مولى عليه يحتاج فيه إلى أن لا تبقى حجة، فهل من حقه أيضاً ترك التسمية أو يكون وصياً في الوكالة؟ بيّنْ لنا ذلك مشروحاً.

فأجاب: وقفْتُ ـ وفق الله القاضي ـ على الحكم. وقلت للمؤدب: هذا مصروف إلى حال القاضي الناظر فيه، فإن كان ممن يوثق بعلمه وعدله وأنه لا يقول في هذا على إقرار الموكلين عنده دون شهادة عليهما، أو أنه عوّل في ذكر الشهادة على قوله ثبت عندي كما يجب، وقوله بعد تقصّي الواجب، لم يردّ حكمه. وإن استُريبت [147 ـ ب] حاله وقدر وهمه والموضع قريب روجع. وأما إبقاء اليتيم على حجته فلا يحتاج إليه في أمر لم يحكم به عليه وإلاّ كان القاضي إنما حكم على الموكلة خاصة بأنها وكلت بلا حاجة في أن يبقى اليتيم على حجته على شخص آخر. واليتيم إذا كبر ونازع الموكلة في هذه الوكالة لم يوجد حكم من القاضي يحتجّ به عليه، فيكون القاضي قصّر إذا لم يبقه على حجته فيه. فلم يجْرِ بيني وبين المؤدب أكثر من هذا.

والذي ذكره القاضي لعله تمَّ على لسان المؤدب أو على سمع القاضي في غير هذه المسألة.

والوصي إذا كان مطلق اليد مأموناً ففعله على الجواز في مثل ما وكل عليه

حتى يظهر ما يوجب التعقب، وكأن حكم القاضي لم يشهد على أكثر من الحكم على الوصي أنه وكيل لا أكثر، فلا يقدح في حكمه الإخلال بالكشف عن مال الوكيل. وقد كان نزل هذا بالخطيب أول توليه القضاء وشاورني فيه وأشرتُ عليه أن لا يتعدّى ذكر الوكيل ويقتصر على أنه ثبت عنده أنه وكيل يحكم عليه بالوكالة دون التعرض إلى ما سوى ذلك. فإن فعل القاضي ذلك واقتصر عليه لم يقدح في حكمه إذ لم يذكر أمانة الوكيل عنده.

وفي الوثائق المجموعة: إن كان اليتيم حاضن نفسه فعن أحمد بن سعيد: حضرت لبعض القضاة يقضي بسقوط الإعذار في النفقات من جهة الولاية التي عليه ويقول: الولاية تُسقط الإعذار إليه والحزم في ذلك الإعذار إليه.

وقد أجاز بعض أهل العلم أن يقبض لنفسه ما يُختبَر به في التَّجْر، وهو أعظم من قبضه نفقته. وقد أجازوا يمينه في ما يأخذه إن قام له شاهد، وعتقه أم ولده. ومن أجاز له هذه الأشياء فالإعذار إليه من آكد الأشياء.

ومما يجوز للمولى عليه طلب حقوقه كلها عند قاضٍ أو غيره، ولا يمنع من ذلك في حضور وصيه أو غيبته إلاّ أنه لا يوكّل عن نفسه، ويوكّل عن الوصي في باب عضل الولي، من ابن [148 ـ أ] سهل، وغير ذلك من مسائلهم ما هو خلاف هذا في ظاهره وهو القياس. فإن ما جاز كلامه فيه وطلبه جاز أن يفوّض غيره عنه في ذلك القدر الذي يجوز له فعله بنفسه. وذكر في باب إبراء الوصي قال: سقط الإعذار في هذا التسجيل من جهة أن الوصي لم يدفع النفقة إلى أمين ومن أجل أن الوصي إذا ثبتت حضانته لليتيم، فالقول قوله في ما يرى من السداد.

ابن عتاب: الذي يظهر من هذا الوضع أن القاضي يقضي على اليتيم للوصي حقه الثابت له في مال اليتيم دون أن يقيم لليتيم من يعذر له. فانظر في هذا، لو قامت امرأة بكالئها على زوجها المتوفّى وله بنون أصاغر ممن وصي عليهم ويذكره، وبه أفتى شيخنا الغبريني ـ رحمه الله ـ أن له أن يقوم بحقوقه ويوكّل من يطلبها.

وسئل اللخمي: عمن توفي وترك بنين أصاغر وزوجة، فتزوجتْ ابنة منهم وأجاز نكاحها عمّها إذ هو وصيها، وقدّم أخاها لعقد نكاحها. فتوفيتْ الابنة بعد الدخول فطلب ورثتها زوجها بنقدها وصداقها، فقال الزوج: دفعتُ النقد للوصي فأنكر الوصي الوصية والنقد، فلما. . .[1] بالصداق وجد فيه إجازة العم إذ هو الوصي، فطلبه الزوج بميراثه في النقد: لأني دَفَعَتهُ إليك، وأنت لم تدفعه لزوجتي لأنك أنكرت أصل الوصية. بيّن لنا ذلك.

فأجاب: بالدخول سقط عن الزوج النقد ويحلف على ذلك، ويحلف العم أنه ليس عنده منه شيء ويبرأ. والشأن تشوير المرأة والنقد لا يحبسه وصيّ ولا غيره، بل يرغب في الزيادة عليه فلو أمسكه الوصي أو غيره لم يخف ذكر ذلك قبل الموت، وقد يشتري به الزوج ولا يصل إلى الوصي أو يجعل أخاها يشتري لها.

وفي وصايا النوادر من سماع عيسى: في من تصدق بثلث دارٍ له في مرضه، وفيها طوب وخشب أعدّتْ للبناء، فطلب المعطى ثلث ذلك [148 ـ ب] ومنعه الورثة.

فقال: لا شيء له في الطوب والخشب.

وروى عنه أبو زيد: في من أوصى بثلثه في السبيل إلاّ الأراضي، وفي الأراضي خشب وطوب ملقى أُعدّتْ لبنائها فإن كان شيئاً نقَضَه منها فلا يباع منه شيء، وإن كان إنما جاء به لبقائها فيباع ذلك ويخرج ثلثه.

قلت: الجاري على ما قاله في المدونة في الأكرية وفي مسألة البيوع وعلى ما قال حفص العطار إنه إذا كان موضعه هناك أو قديم يريد أن يجدده أنه للمتصدق عليه، وإن لم يكن له موضع فلا يدخل تحت الوصية. وتقدّم أنه إذا تصدق بأرض أو أوصى بها أو باعها دخل جميع ما اشتملت عليه من شجر أو آبار وغير ذلك، فانظره.

---

(1) كلمة غير مقروءة بالأصول.

وسئل أبو محمد: عن مسافر أوصى عند موته في مال معه أن يُدفَع إلى زوجته دون باقي ورثته، وله ابنة وأخت. قال: إن أراد أن تستأثر بذلك الزوجة فلا يجوز وهو ميراث. وإن قالت الزوجة: إنما أمرك بدفعه إليّ لأنه ديْن لي قِبَله فعليها البينة. فإن أراد هذا الرسول السلامة فليرفع ذلك إلى القاضي فينفذه القاضي كما يجب. فإن دفعه إلى زوجته قبل رفعه إلى القاضي وقام عليه باقي الورثة ضمن وله الرجوع على المرأة، ولا يسعه دفع ذلك إلى الزوجة إلاّ أن يخبره عدول أن ذلك لها قِبَل الزوج ديناً فيسعه ذلك، إلاّ أن يكون الميت قد بيّن له أنه قال: ادفعه إلى الزوجة فإن لها قِبَلي فهذا يسعه دفعه لها في ما بينه وبين الله تعالى. فإن خشي أن يطالب فإن شهادته لها جائزة قبل أن يدفع ويقضي لها بشهادته مع يمينها. وأما إن دفع ذلك إلى أبيها ثم طولب لم تنفعه شهادته لها وكان ضامناً.

ابن الحاج: الوصية بالعتق بغير تعيينه لا ابتداء على الوصايا مثل أن يوصي بشراء عبد مطلقاً، وأما بعينه فيبدأ على الوصايا، مثل قوله اعتقوا عبدي ميموناً أو فاشتروا عبد فلان فاعتقوه. وهي [149 ـ أ] في وصايا المدونة والحج الثالث.

قلت: هذه المسألة وهي باب تَبْدِية الوصايا بعضها على بعض عند ضيق الثلث. وقعت في المدونة في الصوم وآخر الوصايا الأول وغير ذلك من أمهات المالكيين وأكثَرَ الناسُ الكلام فيها ومن أخصرها مقدمات ابن رشد، فمن أرادها فلينظرها في أصولهم. لكن للناس فيها أشعار في ترتيبها على مشهور مذهب مالك. فمنها ما نقل عن القاضي عبد الوهاب واختاره ابن زرقون وهو[1].

صداق المريض في الوصايا مقدم ... ويتلوه ذو التدبير في صحة الجسم
وقيل هما شيئان حكمهما معاً ... وقيل بذي التدبير يُبدأ في الحكم
وإن ضيّع الموصي زكاة فإنها ... تُبدّى على ما بين هذين في النظم
وكفارتين بعدها لظهارها ... وللقتل وَهْماً لا بعمْدٍ ولا جَوْرِ
ويتلوهما كفارة الحلف توبعت ... بكفارة الموصي عن الطوع في الوهم

(1) بياض بمقدار كلمتين بالأصول.

ونـذر الفتـى تـالٍ لمـا قـد نصصتُـه — ومـا بتّـل الـموصـي ودّى فـي السقـم

همـا يتلـوان النـذر ثـم وصـايـة — بعتق الذي في ملكه يا أخي فافهم

مـع المشتـري مـن ملـك زيـد معيَّنـا — ليعتـق عنـه للنجـاة مـن الإثـم

ومـا أعتـق الـموصـي بتـوقيـت عينـه — كشهر ونحو الشهر من. . .[1] ختم

وإن كـان عتـق بعـد مـال مـؤجَّـل — فعجلـه ذو العتـق قبـل انقضـا القسـم

يسـاويهـم عنـد الحصـاص حقيقـة — كذا حكمهم يا صاح في موجب العلم

وبعـدهمـا مـا كـان عتقـاً مـؤجـلاً — ببُعد من التأجيل في مقتضى الرسم

فـذاك مـن الـموصـى بـه لكتـابـة — ومـن كـان بعـد المـال يعتـق بـالغـرم

فيبـدون قبـل المشتـرى لعتـاقـة — فـلا نـص تعبيـر عليـه ولا حتـم

ومـن بعـده الحـج الـموصّـى بفعلـه — وقيل هما شيئان في مقتضى الحكم

وهـذه المبـادي نظمهـا نظـم لـؤلـو — فـدُونَكَـهُ نظمـاً صحيحـاً بـلا وهْـم

وقال أبو حفص بن عمر بن الحسن. . .[2] وزاد فوائده:

أَصِخْ للمبدَّى في مكاسب من ثوى — فيسهل ذكراه عليك إذا جرى[1449 ـ ب]

ففـي رأس مـا أبقـى ضـرورات دفنـه — وفرض زكاة حل في نابته الشرا[3]

وتـزيـد مْـن حـق بـه قضـى جميعـه — ويتلـوه زكـاة العين والفطر مـا مضـى

بموصى بما قد حل للوقت منهما — فيدريهما حتماً على السخط والرضا

وقـد قيـل فـي بعض الهـدايـا بمثلـه — ولا سيما عند الوصاة وما الثرى[4]

وفـي ثلثـه مهـر المـريـض فَبَـدّه — وأقـواه مهـر المثـل منـه إذا بنـى

ويتلـوه تـدبيـر الصحيـح وبعـده — زكاة مريض ضيّع الوقت فانقضى

وتـدبيـره والعتـق بَتْـلاَ بـلا معـاً — وقيـل يلـي عتـق الظهـار أو الخطـا

وكفـارة الأيمـان بعـد وبعـدهـا — يكفّـر عـن فطـر الصيـام الـذي عصـى

وإطعـام نـذرٍ للمسـاكيـن بعـده — وتعييـن عتـق بعـد مـن أوجـه تـرى

---

(1) بياض بمقدار كلمتين بالأصول.

(2) بياض بمقدار كلمتين بالأصول.

(3) كذا ورد البيت بالأصول.

(4) كذا ورد البيت بالأصول.

فعتــق بــلا شــرط وعتــق لغــارمٍ ومستخـدم والعتـق فـي ذيـن قـد دنـا

وتعييــن مبتــاع تعجيــل عتقــه فكلهـم فـي الحكـم عـدل قـد استوى

وتـابـع بمـوصٍ أن يكـاتـب والـذي تبـاعـد منـه العتـق للـوقـت إذْ نـأى

وبعــدهمــا حــج الضــرورة بَـدْوه ويتلـو عتيـق لـم يعيّـن مـن الـورى

ويتــركــه حــج لغيــره ضــرورة وإن شئـت بـدء العتـق قبـل فقـد أتـى

ويتـرك هـذا العتـق سـائـر عهـده وبدء الموصَّى من وصاياه ما ارتضى

وجنِّـبْ وصــايــاه ديــون اتهــامــه وفـي ثلـث البـاقـي يكـون كمـا قضـى

ويـدخـل فـي المعلـوم كـلّ وصيـة ويـدخـل تـدبيـر لـه فـي ثلـث مـاطـرا

وفـي جُلّـه حلـف وأشهـره الـذي نصصتُ وتخليط الأقاويل كالعمى

وفي ما ذكرناه كفاية في هذه المعنى، إن شاء الله تعالى.

وسئل البرفي: عمن توفيت وخلفت بعلها وأخاها لأمها وعصبَتها وكانت أوصتْ بثلثها بوصايا لمعينين وغيرهم، وما بقيَ من الثلث بين مَنْ يتزايد لبعلها وأخيها المذكورَيْن بالسواء، فإن لم يزدد للزوج شيء فهو لأخيها فلان وإن لم يزدد لأخيها شيء فهو لابن أخيه فلان وعيّنتْ موضعين من باقي الثلث. وكان أخوه غائباً وأخوه المذكور وكيله، فطلب الجميع المفاصلة، وقام عن أخيها ابن الأخ المذكور ولم يتقدم للموصى لهم أحد. فرفعوا القضية للقاضي فأمر بإحضار شهيدين لتقويم الأملاك، فقوموا وشاط على [150 ـ أ] باقي الثلث مائة دينار فتفاصلوا على ذلك قبل رفع شهود القيمة للقاضي، ولا علم ولا أذن. ثم قدم الأخ ولم يذكر المفاصلة حتى مات ولم يولد له فاستحقّ الوصية ابن الأخ المذكور فطعن في القيمة، قال: فيها غبن كثير وبقي موضع لم يُقوّم، وكانت عن غير إذن القاضي، ولم يقدم أحد ينوب عن الموصى لهم، وقال: لم أحضر أو لا إلاّ للغائب لا لنفسي، والآن أقوم أطلب حق نفسي، فهل له مقال في ما قال أو لا؟ لأنه حاضر وقت القسمة ونائب لكن عن الغائب.

فأجاب: مَن استقرّ له الأخذ في ملك معين بالوصية فيمكّن منه، وما فعل فيه من تصرّف تبيّن أنه آل إلى هذا الآخر فلا ينفذ إلاّ في المشترك الذي أُخّرت

الشركة فيه بالمشترك، فيزال ذلك بوجه لا يضرّ مع أحد الجزأين من حيث هو، بل في تخليص ما اشترك وتعيين ما أنبَهَمَ. وما فعل من ذلك من قيمة عدل بحيث لو وقع لما فُعل غيره. فإذا حصل فلا نظر فيه إلاّ في استمراره على ذلك المنهج وما حادَ عنه رُدّ إليه بغير غبن ولا بخس.

وسئل: عن محجورة لها وصيان أحدهما له معها شركة في ربع فباع نصيبه من ذلك لأجنبي بمائة وخمسة وستين ديناراً حالّة وخمسين مؤجلة. ووقع قبل الإشهاد أن الوصيين على المحجورة سلّما الشفعة تسليماً تاماً بعد وجوبها وعلمهما بالثمن والمثمون. ولكونهما ليس تحت أيديهما ما يشفعان لها به، ووقعت الشهادة في البيع وتسليم الشفعة وأثبتت أن لها تحت يد عمها المشرف سبعين ديناراً ولها ديون وصداق على زوج لها وفاضل غلات وأكرية عند أحد الوصيين، وكانتْ رغّبتْ الوصيين في الأخذ بالشفعة لها بما ذكرت فامتنعا فأخذت هي بالشفعة بشهادة عدلين بما لها من السداد والصلاح. فقام مَن يخاصم عنها فبقي في الخصومة مدة، ثم توفيت فطلب ورثتها الشفعة واستظهروا بعقد يتضمن معرفة الحصة المبيعة وقدر ثمنها، وأن أخذها بالشفعة وقت البيع سداد وصلاح لنفاسة المبيع، ولكون الثمن لم يكن مستوفًى [150 ـ ب] وشهد به شهود ونازعوا في وقت تسليم الشفعة: هل هو قبل العقد أو بعده؟ لكونه كان في زمن واحد. وسُئل شهود البيع والتسليم أيهما كان قبل صاحبه فلم يحققا ذلك، فهل للورثة في الشفعة حق؟ إذا ثبت ما ذكر من السداد وأن عند الوصيين ما يشفعان لها به مع مالها من دين على أمْلياء، وكيف إن قالوا لا يصير حتى يقبض من الدين يكون أجل قبض ثمن الشفعة أضيق من ذلك؟ فالرغبة إليكم في بيان ذلك كله.

أجاب: الشهادة الثانية توجب للمحجور الترشيد الآن إذا كان عنده ما يشفع به الشفعة، لأن الوصي من شرط تصرفه المطلق تحصيل المصالح الظاهرة، فإذا تركها لغير عذر ولا فقدان شرط فالشفعة لمن ملكها قائمة. والشفعة عند مالك من جملة الحقوق الموروثة، فهم يقومون مقام مورثهم في طلبها.

ابن عات عن المتيطي: إن أوصى بوصية في فك أسير جاز للوصي أن يستأجر **من الوصية** من يخرج للأسير، ولا يكون ذلك إلاّ لمدة معلومة مثل الشهرين **والثلاثة**. فإذا خرج به دفع إليه أجرته وما وجب في ذلك الأسير. فإن زاد على **الأجل** لم يكن له شيء إلاّ أن يشترط ذلك عليه، وإن دفع المال إلى التاجر **قبل خروج** الأسير جاز إن كان ثقة مأموناً. قال: والأخذ بالرهن بذلك منه **أحوط**. قال غيره: ولا ينفذها حتى يثبت عنده أمر الأسير وصحته وأنه على دينه **ولم تدخله** داخلة من ارتداد ولا غيره.

ابن حذير: سئل بعضهم عمن حضرته الوفاة فقيل له: استخلفْ، فسكت **فكرّروا عليه** مراراً فقالوا: استخلف فلاناً، فقال نعم. أترى هذا استخلافاً؟

فقال: أراه استخلافاً إن شاء الله.

وفيه: في من شهد بدين سلفاً لابنة أخيه فقامت عليه فقال: إنما ذكرت **ذلك على** وجه الوصية عند سفر أردتُه وأنه أشهد الشهود بذلك في تاريخ الدين.

فأجاب محمد بن مسور بأن إقرار العم بالسلف يغني عن إثباته، وذلك **لازم له** وواجب عليه، وليس شهادة من شهد أنها وصية شيئاً بل يجب [151 ـ أ] **أن لا يُسمَع**. ولو صحّ هذا لم تصحّ وثيقة بدين ولا شراء. ولا تضرّ الشهادة **بإنفاقه** عليها إذ قد يتسلف الإنسان ممن هو في عياله. وقال ابن زرب: تحلف بنت **الأخ** أنّ إشهادهُ لم يكن على وجه الوصية إذ قد ظهرت شبهة من مقالته لها.

وفيه عن ابن لبابة: إذا كان الوصي من أهل الثقة لم يجب أن يجعل معه سواه، وأكثر ما يجب في ذلك حضور العدول لتنفيذ الوصية ليكون له براء مع أن له في الوصية معرفة أعيان الموصى لهم وأمرك بتنفيذه جائز.

ابن سهل: سئل ابن القاسم عمن يبيع الأرض على يدي وصي مناداة أو مساومة.

فقال: كل ذلك جائز إذا كان بيعاً سداداً. وهذه المسألة من قول مالك.

قلت: تقدم بيع الوصي للأصول الثابتة هل هو محمول فيها على السداد أو لا؟ فأغنى عن إعادته.

وسئل ابن أبي زيد من حضرتُه الوفاة فقال لبعض أولاده: اتركوا ميراثكم من كذا وكذا لإخوتكم والإخوة فيهم ذكور وإناث، فتركوا. هل يقسم على عدد الرؤوس أو على الفرائض؟

فأجاب: إن كان التاركون لحقوقهم أحياء يسألون عن ذلك، والعمل على قولهم. فإن لم يكن لهم مقصد أو تعذّر سؤالهم قُسِم بينهم بالسوية.

وسئل ابن رشد عن قوله ﷺ «داووا مرضاكم بالصدقة» هل هو صحيح أم لا؟ وما معناه؟ فإن رجلاً مرض وداوى علته بكل دواء فما نفع فكيف صفة دواء الصدقة؟

أجاب: لست أذكره في نص من المصنفات الصحيحة، ولو صحّ فمعناه الحث على عيادة المرضى لأنه من الحقوق الواجبة من السنة للمسلم على أخيه المسلم أن يعوده إذا مرض، وقوله «المسلم أخو المسلم يشهده إذا مات ويعوده إذا مرض وينصح له إذا غاب أو شهد» وعيادته معروف وكل معروف صدقة لأنه له وصلة وإدخال السرور عليه والدعاء ولا شك في رجاء الإجابة له والشفاء فينفعه في الدواء لقوله ﷺ «الذي أنزل الداء أنزل الدواء».

قلت: وحمله بعض [151 ـ ب] شيوخنا القرويين عتلى ظاهره وأنه إذا تصدّق عنه ويطلب له الداء من المتصدق عليه يرجى له الشفاء لقوله ﷺ «دعاء أحدكم لأخيه بظاهر الغيب مستجاب» مع قوله «جُبلتْ القلوب على حبّ مَن أحسن إليها» فيدعو له بقريحة فيرجى له القبول، والله أعلم وبه التوفيق.

محتويات الجزء الخامس

من فتاوى البرزلي



دار الغرب الإسلامي

بيروت – لبنان
لصاحبها : الحبيب اللمسي

شارع الصوراتي (المعماري) – الحمراء ، بناية الأسود
تلفون: Tel: 009611-350331 / خليوي: Cellulaire: 009613-638535
فاكس: Fax: 009611-742587 / ص.ب. 113-5787 بيروت ، لبنان
DAR AL-GHARB AL-ISLAMI B.P.:113-5787 Beyrouth, LIBAN

الرقم : 2002 / 7 / 2000 / 404

التنضيد : كمبيوتايب - بيروت

الطباعة : دار صادر ، ص . ب . 10 - بيروت



FATĀWA AL-BURZULĪ

Abu-l-Qāsim ibn Aḥmad
al-Balawī at-Tūnusī

ed. critique

Mohamed Habib El-Hila

Vol. 5



DAR AL-GHARB AL-ISLAMI

FATĀWA AL-BURZULĪ

Abu-l-Qāsim ibn Aḥmad
al-Balawī at-Tūnusī

ed. critique

Mohamed Habib El-Hila

